

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
NOTION JURIDIQUE INTERNATIONALE
DE LA FONDATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Samedi 6 Juin 1908
à 2 heures 1/2*

PAR

MARCEL TRONQUOY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Président : M. WEISS,

*Suffragants : { MM. CHAVEGRIN, professeur.
WAHL, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1908

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
NOTION JURIDIQUE INTERNATIONALE
DE LA FONDATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Samedi 6 Juin 1908
à 2 heures 1/2*

PAR

MARCEL TRONQUOY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Président : M. WEISS,

*Suffragants : { MM. CHAVEGRIN, professeur.
WAHL, agrégé.*



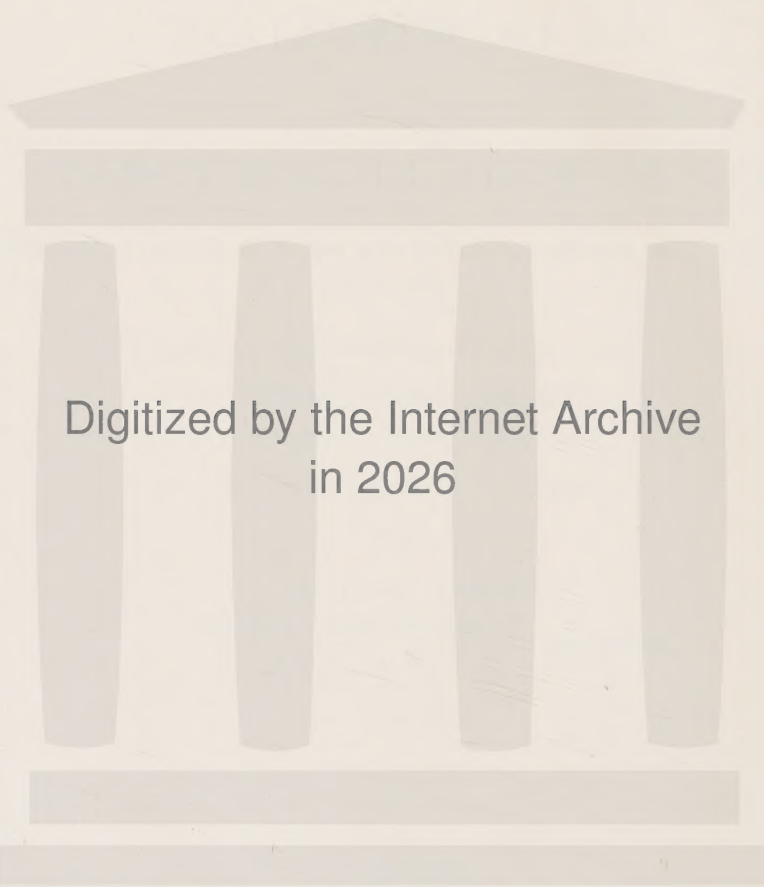
PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, EDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1908



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A la mémoire de mon Grand Père

M. Amédée COTELLE

Président honoraire à la Cour de Cassation.

En dédiant cette thèse à celui qui, il y a à peine plus d'un an, me dirigeait encore de ses conseils, je ne puis m'empêcher de songer combien j'aurais été heureux, si la mort n'était venue l'enlever si subitement, de lui présenter aujourd'hui mon travail, de recevoir ses éloges et de profiter de ses critiques. J'ai perdu en lui, avec un aïeul plein de tendresse, le plus dévoué et le meilleur des maîtres. Ce n'est pas seulement au premier que j'adresse ici un témoignage d'affection et de reconnaissance, mais surtout à celui qui fut mon initiateur dans la science du droit, qui suivit mes études jusqu'à la veille de mon dernier examen avec une sollicitude attentive, et qui me prodigua avec une patience inlassable les renseignements que je lui demandais. C'est pour une grande part à l'action bienfaisante qu'exerçaient sur mes progrès les explications si claires et si complètes qu'il me donnait avec cette autorité et ce sens juridique que l'on appréciait à la fois au Palais et à l'École, que je dois d'avoir pris goût à une science vers laquelle mes inclinations personnelles ne me poussaient pas ; que je suis redevable des quelques succès que j'ai pu y remporter et dont toute la récompense a toujours été pour moi dans la satisfaction qu'ils pouvaient causer aux miens, et spécialement à lui. Il n'est

plus là maintenant pour continuer auprès de moi un rôle si précieux ; mais sa vie, sa vie publique comme sa vie privée, m'offre assez d'exemples à suivre : il fut mon guide dans le passé, il sera mon modèle dans l'avenir.

Il fut peut-être encore quelque peu l'inspirateur de ce travail, ayant autrefois attiré mon attention sur la difficulté des problèmes soulevés par les fondations. Mais l'absence de ses conseils se fit pour moi bien vivement sentir tant pour la détermination du sujet, que pour la manière dont il convenait de le traiter. J'ai cherché avant tout à montrer, qu'en dépit de tout ce qu'on peut dire, il est toujours possible de retrouver dans la législation de pays arrivés au même degré de civilisation, un squelette commun à toute construction juridique ; à réagir contre l'envahissement de notre droit par les théories allemandes ; à aplanir le terrain qui sépare les jurisprudences civiles et administratives, trop souvent en lutte là où elles devraient s'accorder et poursuivre de concert le progrès du droit.

Dans la première partie, j'ai voulu présenter les questions qui se posent en matière de fondations et montrer la façon dont les ont résolues en pratique les législations positives. Dans la seconde, la véritable thèse de cette thèse, j'ai soutenu ce que je crois être la véritable notion juridique théorique, internationale, de la fondation. Dans la troisième enfin, j'ai cherché à appliquer aux conflits pratiques les idées ainsi dégagées. Peut-être cette dernière partie de mon travail paraîtra-t-elle un peu sèche ou un peu vide en certains

points; c'est que je me suis vu obligé d'en retirer, malgré son importance considérable, l'exposé de la jurisprudence toute récente des sections de l'Intérieur (des cultes, de l'instruction publique et des beaux-arts) et de législation (de la justice et des affaires étrangères) du Conseil d'État, et l'examen de quelques décisions des plus intéressantes que je n'ai pu malheureusement obtenir en temps utile l'autorisation de publier.

Ce n'est pas sans quelque regret que je me vois sur le point de quitter cette École de droit où j'ai passé de si heureuses années et rencontré tant d'amitiés précieuses. Mais avant de m'en éloigner je veux remercier mes maîtres de la bienveillance qu'ils m'ont toujours témoigné, et, entre autres à côté de mon président M. Weiss, M. le doyen Lyon-Caen et MM. les professeurs Chénon, Garçon et Jobbé-Duval. Qu'il me soit enfin permis d'adresser l'expression de ma vive gratitude à tous ceux qui ont bien voulu s'intéresser à ce travail et spécialement à M. Wahl et à M. Grunebaum-Ballin, pour les documents qu'ils ont eu l'amabilité de me fournir; je tiens particulièrement à dire à ce dernier combien j'ai été sensible à l'accueil qu'il m'a réservé et aux démarches qu'il a faites pour moi; combien m'ont été utiles les renseignements qu'il a pu me donner et les dossiers qu'il a mis à ma disposition, bien qu'à mon grand regret je n'ai pu en profiter aussi complètement que je l'aurais désiré.

BIBLIOGRAPHIE

des ouvrages et articles écrits en français
cités dans cette thèse.

I. — OUVRAGES

AGUESSEAU (D'). — *Œuvres*, Paris, 1761.

Abbé ANDRÉ. — *Cours alphabétique théorique et pratique de législation ecclésiastique*, Lyon 1868-1869.

ANDE. — *La fondation perpétuelle dans l'antiquité*, Thèse Aix 1895.

AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*.

BARTIN. — *Traité des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs. — Études de Droit international privé*.

BEAUDRY-LACANTINERIE et COLIN — *Traité théorique et pratique de droit civil. — Des donations entre vifs et des testaments*.

BÉQUET. — *Répertoire du Droit administratif*.

BERTHÉLEMY. — *Traité élémentaire de Droit administratif*.

BROCHER. — *Cours de Droit international privé*.

- CHAMPCOMMUNAL. — *Études sur la donation et le testament en Droit international privé*, Paris 1896 (Extrait de la *Revue critique*).
- DEMOLOMBE. — *Traité des donations entre vifs et des testaments*.
- DENISART. — *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 1789 t. VIII.
- DESPAGNET. — *Précis de Droit international privé*.
- DOMAT. — *Droit public*.
- DUCROCQ. — *Cours de droit administratif*.
- DUMOULIN. — *Molinæi opera. - Coutume de Paris*.
- DURAND DE MAILLANE. — *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiaire*, Lyon, 1776.5.
- J. ESCARRA. — *Les fondations en Angleterre*, thèse Paris 1907.
- ESMEIN. — *Cours élémentaire d'histoire du droit français*.
- FÉNELON. — *Les fondations et les établissements ecclésiastiques*, thèse Paris 1902.
- FIGURE. — *Droit international privé* (Traduction PRADIER-FODÉRE).
- FÉLIX. — *Traité de Droit international privé*.
- FURGOLÉ. — *Traité des testaments. — Questions remarquables*.
- FUSTEL DE COULANGES. — *La cité antique*.
- GARÇON. — *Code pénal annoté*.
- GÉNY. — *Méthode d'interprétation et sources du Droit privé positif*, Paris, 1899.
- GEOUFFRE DE LAPRADELLE. — *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, Thèse, Paris, 1894.
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de Droit romain*.

- GRÜNEBAUM-BALLIN. — *La séparation des Églises et de l'État*, Paris, 1905.
- GUIZOT. — *Histoire de la Révolution d'Angleterre*.
- HAURIOU. — *Précis de Droit administratif. — Principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État*, 1906.
- HEISSER. — *Études sur les personnes morales*.
- HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*.
- ISAMBERT. — *Recueil général des anciennes lois françaises*.
- LABOURDETTE. — *Du mode d'établissement des fondations en droit moderne*, Thèse, Bordeaux, 1897.
- LAFERRIÈRE. — *Cours de Droit public et administratif*.
- LAINÉ. -- *Introduction à l'étude du Droit international privé*.
- LAMBERT. - *La stipulation pour autrui*, Thèse, Paris, 1893.
- LAURENT. — *Principe du Droit civil français. — Droit civil international*.
- LEHR. — *Éléments de Droit civil anglais*, 1885. — *Éléments de Droit civil espagnol*, 1880-1890. — *Traité élémentaire de Droit civil germanique*, 1892.
- LENTZ. — *Dons et legs en faveur des établissements d'utilité publique*.
- LORY. — *Du mode d'établissement des fondations*, Thèse, Paris, 1888.
- MARCADÉ. — *Les fondations et le problème de la personnalité*, Thèse, Paris, 1901.
- MERLIN. — *Recueil alphabétique des questions de Droit. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*.

MICHOUD. — *La théorie de la personnalité morale*, Paris, 1906.

MONTESQUIEU. — *De l'esprit des lois*.

PILLET. — *Principes de Droit international privé*, Paris, 1903. — *Le Droit international privé dans ses rapports avec le Droit international public*, broch.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*.

PORTALIS. — *Discours et rapport sur le Concordat*.

RAVIER DU MAGNY. — *Le contrat de fondation*, Thèse, Grenoble, 1894.

REYNAUD et LAGRANGE. — *Notes de jurisprudence de la section de l'Intérieur, des cultes, de l'Instruction publique et des Beaux-Arts du Conseil d'État, 1879-1897* Melun, 1899.

RICARD. — *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, Paris, 1754 et Riom 1783.

RIPERT. — *Principe de la spécialité chez les personnes morales de Droit administratif*, Thèse, Paris, 1906.

ROGUIN. — *La règle du droit*, Lausanne, 1899.

A. ROLIN. — *Principes de Droit international privé et application aux diverses matières du Code civil*, Paris, 1897.

ROUSSEL. — *Des fondations de bienfaisance; Leurs modes de constitution*, Thèse, Lille, 1898.

SALEILLES. — *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901. — *Essai d'une théorie générale de l'obligation dans le Code civil allemand*, Paris 1901. — *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand*, Paris 1902 (paru dans la *Revue du Droit public*, 1901).

SAVIGNY. — *Traité de Droit romain*, (Traduction GUÉNOUX).

G. STREIT. — *L'affaire Zappa, conflit gréco-romain*.

- SURVILLE et ARTHUYS. — *Cours élémentaire de droit international privé.*
- TAINE. — *Origines de la France contemporaine : La Révolution.*
- TISSIER. — *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique*, Paris, 1896 (extrait du Répertoire de BÉQUET).
- TRUCHY. — *Des fondations*, Thèse, Paris, 1888.
- VALETTE sur PROUDHON. — *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil.*
- VAN DEN HEUVEL. — *Situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, Paris et Bruxelles, 1884.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES. — *La synthèse du Droit international privé*, Paris, 1897. — *Les personnes morales*, Paris, 1902.
- VAUTHIER. — *Étude sur les personnes morales dans le Droit romain et dans le Droit français*, Bruxelles et Paris, 1887.
- VINCENT et PENAUD. — *Dictionnaire de Droit international privé.*
- WEISS. — *Traité élémentaire de Droit international privé.* — *Traité théorique et pratique de Droit international privé.*

II. — ARTICLES DE REVUES ET NOTES SOUS ARRÊTS

- ARMINJON. — *De la nationalité des personnes morales; Revue de Droit international et de législation comparée*, 1902. — *De la nationalité et de l'indigénat des personnes morales dans l'Empire ottoman; Journal du Droit international privé*, 1902.

- AUBRY. — *Domaine de la loi d'autonomie*; *Journal du Droit international privé*, 1896
- BEAUCHET. — Note sous jugement; *Pandectes françaises*, 1888, 2, 152.
- BEUDANT. — Note sous arrêt; *Dalloz périodique*, 1893, 2, 1; 1894, 1, 257.
- BULLEIN DE LA SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVES, 1906, 1907, 1908. — Travaux de la Commission des fondations (question 14).
- CHAVEGRIN. — Note sous arrêt. SIREY 1888, II, 89.
- DEMANGEAT. — *Du statut personnel*; *Revue pratique*, 1856, t. I.
- DESPAGNET. — *L'ordre public en droit international privé*; *Journal du Droit international privé*, 1889.
- DESJARDINS. — *Des droits en Roumanie d'un État étranger appelé à recueillir la succession d'un de ses sujets*; *Journal du Droit international privé*, 1892.
- DUCROCQ. — *De la personnalité civile en France du Saint-Siège et des autres puissances étrangères*; *Revue du Droit public*, 1894.
- FACULTÉ DE DROIT DE BERLIN. — *Du droit pour des États étrangers de posséder des immeubles en Allemagne*; *Journal du Droit international privé*, 1893.
- FLAISCHLEN. — *Du statut national et du droit d'acquérir des immeubles en pays étranger*; *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1893. — *Réflexions sur l'acquisition d'un immeuble par un État étranger*; *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1894. — *Des droits en Roumanie d'un État étranger appelé par testament à recueillir la succession d'un de ses sujets*; *Journal du Droit international privé*, 1894. — *La jurisprudence roumaine en matière de Droit international privé*; *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1899.

FIGORE. — *La personnalité civile de l'État ; Revue générale de Droit international public*, 1894. — *De la capacité de l'État étranger, de l'Église et du Saint Siège d'acquiescer par succession ; Revue de droit international et de législation comparée*, 1903.

GOMBEAUX. — *De la nationalité des personnes morales en droit allemand ; Journal du Droit international privé*, 1907.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. — Discussion et projet de la 5^e commission d'étude à la session de Copenhague. *Annuaire*, 1897, t. XVI.

JOSSEERAND. — *Essai sur la propriété collective ; Livre du centenaire du Code civil*, t. I.

JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, 1892 ; Questions et solutions pratiques. — Dons et legs — Établissement public étranger.

LABBÉ. — Notes sous arrêts. S. 1870, 2, 145 ; P. 1870, 589 ; S. 1890, 1, 241 ; P. 1890, 1, 609 ; S. 1892, 4, 17 ; S. 1895, 2, 1.

LAINÉ. — *Des personnes morales en droit international privé ; Journal du Droit international privé*, 1893. — *Consultation pour le gouvernement royal hellénique ; Archives diplomatiques*, 1893, t. XLVIII.

LEJEUNE. — *Du droit pour une personne morale étrangère de recueillir par succession un immeuble situé en Belgique ; Journal du Droit international privé*, 1893.

H. LÉVY-ULLMANN. — Note sous arrêt, SIREY, 1905, 1, 137.

H. LÉVY-ULLMANN et P. GRUNEBaum-BALLIN. — *Essais sur les fondations par testaments* (paru dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904).

LYON-CAEN. — *Examen doctrinal ; Revue critique*, 1894, t. LXI.

- MANCINI. — *Revue de Droit international et législation comparée*, 1874 et 1875.
- MARGUERIE. — *Études sur les libéralités faites aux établissements non reconnus*; *Revue critique*, 1878.
- F. de MARTENS. — *Mémoire sur le conflit entre la Grèce et la Roumanie*, Athènes, 1893.
- MÉRIGHAC. — Note sous arrêt, *Pandectes françaises*, 1894, V, I.
- MICHOUD. — *De la capacité en France des personnes morales étrangères et en particulier du Saint-Siège*; *Revue générale de Droit international public*, 1894.
- MISSIR. — *La question de compétence dans l'affaire Zappa*; *Journal du Droit international privé*, 1894.
- MOREAU. — *De la capacité des États étrangers pour recevoir en France*; *Journal du Droit international privé*, 1892.
- NÉGULESCO. — *Des droits en Roumanie d'une personne morale étrangère appelée par testament à recueillir une succession*; *Journal du Droit international privé*, 1906.
- PALLAMARY. — *Bulletin de la jurisprudence des tribunaux consulaires*; *Journal du Droit international privé*, 1891.
- PERREAU. — *Examen doctrinal*; *Revue critique*, 1904.
- PIÉBOURG. — *De quelques questions sur les personnes civiles*; *Revue de législation ancienne et moderne*, 1876.
- PILLET. — *De l'ordre public et Droit international privé*; *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, 1890, t. II. — *Le Droit international privé; sa définition, son origine rationnelle, son domaine, ses conditions générales et son but*; *Journal du Droit international privé*, 1893. — Note sous arrêt. S. 1895, II, 57.

- PLANIOI. — Note sous arrêt, DALLOZ 1893, II, 513.
- RENAULT. — *Du droit pour une personne morale étrangère de recueillir par succession un immeuble situé en France*; *Journal du Droit international privé*, 1893.
- RONGON. — *Du régime de la propriété immobilière et du droit pour les étrangers d'acquérir en Turquie*; *Journal du Droit international privé*, 1886.
- SALEILLES. — *Lettre sur l'uniformisation du Droit privé*; *Bulletin de Droit comparé*. — *Rapport préliminaire à la Commission des fondations*; *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1906, n° 6. — Sur HAURIOU, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1906.
- SALEM. — *Les étrangers devant les tribunaux consulaires et nationaux en Turquie*; *Journal du Droit international privé*, 1891.
- SAY. — *Lettre sur les fondations*; *Journal des Economistes*, octobre 1890.
- SERRIGNY. — *Acquisition d'immeubles en France par les établissements publics étrangers*; *Revue critique*, 1854, t. IV.
- TISSIER. — Notes sous arrêts. S. 1906, 2, 25 et 1906, 2, 281.
- TURGOT. — *Encyclopédie méthodique*; *Jurisprudence*. V° Fondation.
- VAN BERCHEM. — *Capacité civile des corporations étrangères*; *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1889.
- WAHL. — Note sous arrêt. S. 1900, IV, 25. — *De l'application de la règle « mobilia personam sequuntur » aux droits de mutation par décès en Angleterre*; *Journal du Droit international privé*, 1900.

- WEISS. — Note sous arrêt; *Pandectes françaises*, 1892, V, 17. — *Consultation pour le gouvernement royal hellénique*; *Archives diplomatiques*, 1893, t. XLVIII.
- X. — *L'affaire Zappa et le conflit greco-roumain*; *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1894.
-

INTRODUCTION

Parmi tous les phénomènes sociaux qu'on a vu se produire au siècle passé il en est un qui domine tous les autres par l'importance des conséquences qu'il entraîne. Résultat d'un mouvement d'idées commencé déjà depuis longtemps dans les esprits, mais jusque là reste inconscient, il s'est affirmé nettement alors au grand jour et son évolution toujours progressive se continue encore à l'heure actuelle.

Tandis que jadis l'activité de l'individu se concentrait à l'intérieur de son pays, de sa province, sur un territoire déterminé et restreint, elle déborde aujourd'hui au delà des frontières et prétend considérer l'univers entier comme son domaine. Tandis qu'autrefois elle se trouvait cantonnée dans des limites étroites, autant par la rivalité et le mépris réciproque des races, que par les difficultés matérielles qu'elle rencontrait à chaque pas, nous la voyons, partout respectée comme dans sa propre patrie, se jouer de ce qu'on considérait comme des obstacles insurmontables, maintenant que la science a su vaincre et le temps et l'espace. Habitée à aller chercher aux extrémités du

monde, s'il le faut, ce qui lui est nécessaire pour remplir ses désirs ou satisfaire ses besoins, elle ne pourrait plus supporter que l'on prétendit la restreindre à une parcelle de la surface terrestre, elle qui refuse de s'incliner devant les bornes que la nature lui avait assignées et qui sans cesse tente de les reculer plus loin.

Cette transformation des mœurs, aidée et secondée par le perfectionnement si rapide des moyens de communication, n'a pas seulement eu pour effet l'universalisation des échanges commerciaux et la création d'une concurrence mondiale. Elle a surtout permis aux différents peuples de se mieux connaître, partant de se mieux apprécier.

Il n'y a pas si longtemps, sans remonter aux législations primitives (1) ni même à l'ancien droit Romain qui ne reconnaissait aucun droit à ceux qui n'étaient pas ses citoyens et qualifiait du même terme les étrangers et les ennemis (2), on s'inquiétait peu dans l'ancienne France, de savoir ce qui se passait chez les nations voisines, en dehors des luttes politiques, des invasions ou des conquêtes. L'aubain était admis sur le territoire ; il y pouvait vivre à peu près en sûreté ; la sécurité lui était assurée ; mais il était astreint à des charges humiliantes et onéreuses, pour ne pas dire

(1) Cf FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, L. III, chap. XII ; WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, Tome II, chap. 1, p 7

(2) « Peregrini ab antiquis, hostes appellabantur, quod erant pari « jure cum populo romano, atque hostire ponebatur pro æquæ » Festus, *De verb. sign.* v° *Status dies*. L'étranger ennemi était alors plus spécialement appelé *perduellis*.

spoliatrices (1). La population autochtone commençait à se considérer comme ayant des devoirs vis-à-vis de l'étranger comme vis-à-vis des animaux, mais c'est à peine si l'on concevait encore qu'il put avoir des droits.

Quelle différence aujourd'hui ! L'étranger peut circuler librement dans tous les pays, errer à son gré sur la terre (2). Partout il sera protégé par les lois, respecté dans sa personne et dans ses biens. Toutes les législations (au moins dans les pays civilisés) lui reconnaissent, non seulement les droits fondamentaux essentiels que tout homme tient de sa nature, mais aussi presque tous ceux qu'elles assurent aux citoyens, le mettant ainsi sur un pied d'égalité avec eux ; à peine lui refusent-elles la jouissance de certains droits présentant un caractère plus spécialement politique. Tous les peuples profitent des progrès, des inventions, des découvertes quel qu'il soit le pays qui les ait vu apparaître (3). Les sciences, les arts, n'ont plus de patrie.

Et l'on ne s'est pas arrêté là. De plus en plus se forme dans les esprits l'idée qu'il est de l'intérêt de tous les hommes de se prêter un mutuel appui, s'élabore dans les consciences le sentiment de la solidarité universelle, s'affirme dans les cœurs la pensée que la

(1) Droits de chevage (capitation personnelle) et de formariage. Droit d'aubaine.

(2) Les passeports n'existent plus guère dans les pays de civilisation avancée que dans des cas exceptionnels et pour des considérations exclusivement politiques.

(3) Réserve faite des lois de protection de la propriété industrielle, littéraire ou artistique et des intérêts de la défense nationale.

charité de l'individu doit s'étendre à tous ses semblables sans distinction de race et de nationalité.

Un peuple est-il éprouvé par une catastrophe ou un événement quelconque ; un deuil national vient-il cruellement le frapper, aussitôt, de toute part, arrivent à lui des condoléances et des témoignages de sympathie ; on lui offre au besoin une aide matérielle pour organiser les secours ou enrayer le fléau, et des souscriptions s'ouvrent à l'étranger pour les victimes. On peut dire avec une grande part de vérité, que les nations modernes forment aujourd'hui entre elles une véritable société où la rivalité n'exclut pas la notion d'un devoir d'assistance réciproque. Et ceci est plus vrai encore, si au lieu de considérer les désastres qui peuvent toucher un État étranger on regarde les souffrances et les malheurs qui peuvent accabler ses sujets.

A mesure que deviendront plus étroites encore les relations unissant les peuples entre eux, que se fera plus intime leur compénétration réciproque, de plus en plus nombreuses seront les personnes généreuses qui poursuivant un idéal de charité, de bienfaisance, de progrès scientifique, ou d'encouragement aux arts, consacreront une partie de leur fortune à des œuvres dont la portée dépassera les limites de leur patrie et dont les bienfaits s'étendront à l'humanité toute entière.

Il appartient aux économistes et aux philosophes de montrer l'utilité de ce mouvement et de mesurer son influence sur la marche de la civilisation. Le rôle du jurisconsulte est de le considérer sous le rapport moins attrayant, mais plus positif, des conséquences juridiques

qui peuvent en découler. En dernier ressort celles-ci se présenteront sous la forme de difficultés portées suivant les cas devant la juridiction gracieuse ou contentieuse. Et dans les deux hypothèses on se trouvera, comme chaque fois que dans un rapport de droit entre un élément étranger à l'autorité ou au tribunal saisi, en présence de conflits de lois. A la vérité il semble que jusqu'ici la jurisprudence soit encore pauvre et les exemples pratiques peu fréquents. Mais ce n'est pas une raison pour négliger des questions dont l'intérêt théorique, n'est pas moindre pour cela, et dont l'importance pratique est certainement destinée à toujours augmenter dans l'avenir.

Aussi avons-nous pensé qu'il pourrait être utile d'étudier dans leurs rapports avec le droit international privé et public, celles de ces manifestations d'altruisme qui paraissent le plus capable d'y soulever des difficultés et sont en même temps les plus importantes, les plus durables et peut-être les plus avantageuses, car seules elles mesurent le bienfait à l'étendue et à la durée du besoin : les fondations.

PREMIÈRE PARTIE

La question de fondations en droit international et en droit comparé.

CHAPITRE PREMIER

LE PROBLÈME DE LA RÉGLEMENTATION PRATIQUE DES FONDATIONS

§1. — Difficulté de sa résolution.

Le régime des fondations est une question qui, de tout temps, a préoccupé les différentes législations et qui, aujourd'hui, plus que jamais, est pour nous d'actualité. Tour à tour trop rigoureusement réglementées, ou trop librement tolérées, elles ont partout passé de la proscription presque absolue à la licence presque complètement anarchique. La trop grande liberté pouvait être nuisible et ne laissait même pas que de présenter quelque danger ; l'intervention trop prudente de l'État ne donna pas de meilleurs résultats, car tout en faisant disparaître certains abus elle brisait l'initiative privée

Partout on cherche le juste milieu à atteindre et ce n'est pas sans de longs tâtonnements. En ce moment la tendance générale paraît favorable à une plus grande liberté. Depuis le début du xix^e siècle on peut constater en Allemagne un retour en arrière assez sensible sur la rigueur du droit antérieur à l'égard des fondations. La mise en vigueur du nouveau code en 1900 n'a fait que l'accentuer et marquer une nouvelle étape dans cette voie. En Suisse le tout récent code civil de 1907-1912 suit le législateur germanique et semble même le dépasser. En Angleterre le *Mortmain and charitable uses act* de 1891, abrogeant le Statut de Georges II est venu au bout d'un siècle et demi permettre à nouveau le *gift by will*, la fondation testamentaire portant sur des immeubles. En France enfin, tandis que l'édit d'août 1749 (1), prohibant à peine de nullité toute disposition testamentaire d'immeubles en faveur de gens de main-morte (2) ne tolérait les libéralités entre vifs, dont l'abus est toujours moins à redouter parce qu'il trouve un frein puissant dans le sacrifice personnel que s'imposerait le donateur, qu'à la charge d'obtenir des lettres patentes pour en autoriser l'acceptation ; et que le code civil se désintéressait des fondations auxquelles il ne faisait même pas allusion, nous assistons aujourd'hui dans la doctrine à un mouvement qui se dessine très

(1) ISAMBERT, *Rec. des anciennes lois françaises*, t., XXII, p. 226

(2) Jusque là les nouveaux établissements pouvaient être fondés par acte testamentaire aussi bien que par acte entre vifs. RICARD, *Donations*, t. I., 1^{re} partie, ch. III, section XIII n° 613 ; FURGOLE, *Des testaments*, ch. VI., section 4, n° 37.

nettement en leur faveur et, particulièrement en faveur de la fondation de droit privé (1).

Le temps n'est plus où l'on défendait la conception française et où l'on se plaisait à montrer tous les avantages qu'elles pouvait présenter (2). Maintenant au contraire il n'est pas de reproches dont on ne l'accable. Si l'éloge était peut-être excessif, la critique est certainement trop acerbe.

C'est, dira-t-on, à la vogue actuelle du droit allemand qu'est dû ce revirement, et si les réformes proposées répondent à une nécessité de la pratique rien ne prouve qu'elles soient actuellement plus impérieuses qu'il y a dix ou quinze ans. Mais nous croyons qu'on peut trouver à ce mouvement des raisons plus sérieuses et des causes plus profondes. Sans nier la force d'attraction considérable, exercée par le code civil allemand depuis 1896, et dès avant cette date, par les trois projets et les quatre rédactions qui l'avaient précédé, il faut reconnaître que depuis trop longtemps en France les fondations sont restées sous l'empire d'une législation absolument insuffisante, on pourrait même dire inexistante, puisque seules leur étaient applicable, à défaut de toutes dispositions spéciales, le droit commun des donations et des legs, mêlé avec les principes un

(1) Voir les travaux de la Commission nommée par la Société d'études législatives pour l'étude de la question des fondations. Question n° 14, *Bulletin*, 1906, 1907, 1908.

(2) Cf. A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *Droit public et privé des fondations*. Thèse Paris, 1894. Ce travail remarquable reste encore à l'heure actuelle l'ouvrage le plus important sur les fondations dans le droit français et doit servir de base à toute documentation et étude sérieuse de la matière.

peu étroits du droit administratif(1). C'est seulement grâce à la largeur de vue, on peut même dire à la hardiesse, des tribunaux tant de l'ordre judiciaire que de l'ordre administratif, que le droit des fondations a pu progresser. Interprétant de la façon la plus libérale, à la fois les textes et les volontés des fondateurs, au risque même d'en forcer, sinon d'en fausser quelque peu la signification, leur jurisprudence a seule permis à des œuvres utiles en elles-mêmes de ne pas se trouver annulées. Il en résulte, toutefois une incertitude fâcheuse sur le sort de la plupart des fondations. On se trouve aujourd'hui en cette matière, sous un régime qui tend à devenir purement coutumier. Or la coutume étant en France, depuis la rédaction du code civil dépourvue de toute autorité, rien n'assure le fondateur que sa volonté produira un effet utile et ne sera, ni annulée par une interprétation trop stricte, ni complètement transformée par une interprétation trop large sur laquelle il ne comptait pas. Ceci est particulièrement important pour le fondateur testamentaire qui ne sera plus là pour indiquer quelles sont les clauses qui, dans son esprit, étaient la raison principale de son acte libéral et dont l'annulation comme impossibles ou illicites doit entraîner celle de la fondation toute entière et non son interprétation dans un sens qui serait

(1) Toute la théorie des fondations ne repose guère en effet en France que sur les articles 910 et 957 du Code Civil, le décret du 31 juillet 1806 relatif aux droits que peuvent se réserver les fondateurs, et la loi du 4 février 1901 sur la tutelle administrative en matière de dons ou legs, en dehors des textes généraux relatifs aux établissements publics et d'utilité publique.

diamétralement opposé à ses intentions (1) ; qui ne pourra pas non plus reconstruire sous une forme plus légale l'œuvre qui aurait été repoussée comme ne pouvant rentrer dans les cadres que les efforts des tribunaux et du Conseil d'État n'ont pu douer que d'une élasticité relative. Quel parti prendre pour celui qui veut après sa mort laisser une fondation indépendante et durable ; comment être assuré de la réussite de ses projets en face d'une jurisprudence toujours un peu vacillante et d'héritiers qui, le plus souvent, n'ayant pas à beaucoup près pour l'œuvre, l'intérêt que lui portait son auteur, et ne voyant en elle qu'un moyen de les spolier d'une fortune sur laquelle ils croyaient pouvoir compter, ne songeront qu'à l'attaquer et à la réduire à néant. Le fait seul que, malgré tous les obstacles accumulés devant elle par la législation et la doctrine, la fondation, organisme autonome, est parvenue à se développer en France, même sous forme testamentaire, suffit à lui seul pour prouver qu'elle répond en pratique à un réel besoin.

Il importe donc d'opérer sur ce point une réforme législative : elle est à l'ordre du jour. La société d'Études législatives y consacre depuis près de deux ans une partie de ses séances. Ce sera ensuite la commission

(1) En effet selon nous, l'autorité de surveillance compétente, qui a, comme représentant de l'État, le droit indiscutable de modifier le but ou de transformer les statuts de toute fondation devenue de réalisation impossible ou de fonctionnement dangereux, et cela par interprétation des volontés du fondateur lui-même, a le même droit, lors de la création de l'œuvre, s'il n'est plus là pour manifester quelle est son intention véritable et opérer par lui-même les réformes nécessaires. Il serait en effet trop dangereux pour la fondation de consulter les héritiers.

de revision du code civil qui aura à s'en occuper à son tour. Il n'y a guère dans tout le droit de question plus captivante que celle-ci. Il en est également peu d'aussi délicate. Les intérêts en présence dans la fondation sont complexes ; leur importance est considérable ; et il est à peu près impossible de les concilier d'une façon parfaite. Volonté du fondateur, protection des héritiers, droits des bénéficiaires, intérêt supérieur de l'État ; voilà bien des facteurs du problème tous éminemment respectables, et dont cependant il est bien difficile de ne pas sacrifier en partie quelques-uns, si l'on veut conserver les autres dans leur intégrité. Il ne rentre pas dans les limites de ce travail d'apprécier s'il suffirait de sanctionner législativement les solutions de la jurisprudence, et notamment celles fournies par les arrêts du Conseil d'État, de façon à donner à la fondation de droit public son plein et entier développement (1), ou si, faisant un pas de plus, il y aurait lieu de modifier notre droit dans le sens vers lequel les législations plus modernes paraissent s'orienter et d'introduire chez nous la fondation dite de droit privé (2), en l'entourant naturellement de toutes les réserves qui assureraient la surveillance et le contrôle de l'État.

Surveillance et contrôle supérieur de l'État, voilà ce qu'il ne faut jamais négliger, car c'est là une garantie nécessaire ; et la nécessité qu'il y a de les sauvegarder fait de la fondation purement privée une chose irréali-

(1) Cf. LÉVY ULLMANN et GRUNEBaum BALLIN. *Essai sur les fondations par testament*. Paru dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, n° 2.

(2) Cf. les différents articles de M. SALEILLES sur la question.

sable ; si bien que, comme on le verra, il s'agit plutôt d'une question de mesure dans la fondation de droit public. L'intérêt vital de l'État, sa sécurité, sa souveraineté, sont directement et profondément intéressées par la matière des fondations. Bien souvent d'ailleurs au cours de cette étude nous aurons à appliquer cette idée et nous devrons nous arrêter devant ce principe intangible quoique se prêtant bien mal à la souplesse et aux concessions qui seules permettent au droit international privé de se développer : l'ordre public territorial.

§ 2. — Dangers et avantages des fondations.

Nous ne reprendrons pas après tant d'autres l'exposé détaillé et la longue discussion de toutes les critiques et de tous les éloges que l'on peut adresser aux fondations. Qu'on nous permette seulement de rappeler brièvement les points principaux afin de bien faire sentir, d'une part l'intérêt considérable que les États peuvent avoir à favoriser, en vue de l'utilité sociale évidente qu'elles présentent, l'établissement de fondations étrangères, à reconnaître au moins leur existence et leur capacité ; d'autre part le droit incontestable des différents pays de se protéger contre les dangers que pourraient leur faire courir de trop puissants établissements étrangers et de prendre les précautions préventives nécessaires pour s'opposer aux empiètements possibles d'une main-morte plus dangereuse encore que la main-morte nationale.

Il est indéniable que les fondations avec leur caractère de perpétuité et trop souvent leurs tendances exclusives, avec la fascination qu'elles exercent sur les

esprits et dont l'effet est d'attirer toujours de nouvelles libéralités et d'accroître sans cesse la masse des biens immobilisés dans leurs mains, sont un péril constant contre lequel l'État a le droit et le devoir d'être toujours en garde. De tout temps on a été frappé de ces inconvénients, mais à nulle époque il n'en a jamais été dressé un réquisitoire plus complet, plus sévère dans ses termes, et plus exclusif dans sa généralité, que l'article que Turgot écrivit à leur sujet dans l'*Encyclopédie* de Diderot (1). Il est resté le monument principal en la matière. Thouret n'a cru mieux faire que de s'en inspirer dans le discours qu'il prononça à l'assemblée constituante (2) et ce sont toujours les mêmes arguments dont on se sert encore aujourd'hui. On y trouvera exposé avec une rigueur remarquable tous les griefs des économistes de la fin du xvm^e siècle contre les institutions charitables et spécialement contre les fondations (3).

(1) *Encyclopédie méthodique*, jurisprudence, tome IV.

(2) *Moniteur* du 30 octobre 1789.

(3) Peut-être faut-il voir là une influence anglaise. En Angleterre en effet, les fondations se trouvaient à cette époque singulièrement restreintes par l'édit de Georges II de 1736 (St. 9 Geo. II, c. 36.) communément appelé « The mortmain Act ». Tandis qu'en France, l'édit de d'Aguesseau de 1749, inspiré avant tout par des considérations politiques, était principalement dirigé contre les corporations religieuses et la puissance financière de l'Eglise qui devenait menaçante pour l'Etat (Esmein, Cours élémentaire d'histoire du droit français, p. 620. 622.) le *statut* de 1736 n'était qu'une simple mesure économique (Fr. BACON. *Reading upon the Statutes of Uses. Works VII, éd. Spedding.*) L'Angleterre depuis Henri VIII était délivrée de la main-morte ecclésiastique à tel point que Guizot dans son histoire d'Angleterre a pu dire que le clergé régulier avait cessé d'y exister en 1540 (tome I p. 485). On pourrait peut-être comparer, toutes pro-

Non seulement elles immobilisent des capitaux importants qui ne pourront pas rendre à la collectivité dans leur nouvelle destination, par la faute de dépenses disproportionnées avec les résultats atteints, les mêmes services qu'elle aurait pu retirer de leur libre circulation, mais encore leur perpétuité, soumettant à la volonté rigide et immuable des morts l'emploi de biens dont les vivants auraient peut-être grand besoin pour satisfaire aux nécessités nouvelles qu'amène avec lui un progrès incessant, est destinée presque fatalement à rendre nuisibles ou au moins inutiles (ce qui est peut-

portions gardées, l'édit de 1749 avec le *Statut* d'Henri VIII, et le mouvement des publicistes du XVIII^e siècle avec le *Statut* de Georges II. On trouve en Angleterre à cette époque, du reste, d'autres mesures de sécurité économique qui montrent bien qu'on se préoccupait, non de combattre les corporations, mais de remédier à la multiplication incessante de fondations charitables plus ou moins intelligemment établies et à l'augmentation inquiétante d'une mainmorte foncière déjà considérable, immobilisée au seul profit de la classe sociale des « *charitable cestuis que trusts* » et d'autant plus dangereuse qu'elle ne tombait pas sous le coup des statuts applicables seulement aux aliénations *in mortmain* au profit des corporations religieuses. C'est ainsi qu'on voit alors une réaction contre les *doles* qui furent un des principaux abus engendrés par la trop grande liberté laissée aux fondations, et qui consistaient en des distributions faites à jour fixe à certaines catégories de pauvres, de sommes d'argent minimes, qui loin de constituer un secours bienfaisant n'étaient guère qu'un encouragement à l'ivresse et à l'immoralité. Malgré tous les efforts faits pour parvenir à leur suppression on n'a pas encore pu atteindre le résultat cherché : « le mal qu'ont fait et que font encore les *doles* est incalculable » (*Reports of the charity commissioners for England and Wales*). Sur tous ces points voir *Escarra, Les fondations en Angleterre*. Thèse Paris 1907.

C'est aussi à la fin du XVIII^e siècle que, sur les réclamations des économistes, le travail utile et lucratif fut supprimé dans les prisons anglaises comme faisant une concurrence désastreuse à l'industrie libre et remplacé par le travail stérile et improductif.

être plus grave encore, car on tolère l'inutilité là où on supprime le danger), les œuvres dont la nécessité indéfinie paraissait évidente et dont l'organisation et le fonctionnement avaient été le plus sagement établis.

Souvent les fondations ne pourront pas se soutenir car le zèle de leur fondateur disparaît avec lui, surtout si l'utilité du but diminue. C'est un vice irrémédiable qu'elles tiennent de leur nature ; l'esprit qui animait l'œuvre se perd peu à peu : l'habitude éteint l'enthousiasme. D'autre part la baisse constante de la valeur de l'argent peut arriver à réduire le patrimoine des anciennes fondations de telle sorte que les revenus du capital affecté, devenus insuffisants pour les soutenir et les aider à remplir leur but ne servent plus qu'à faire vivre ceux qui sont chargés de les administrer et qu'à payer ainsi de véritables sinécures (1). D'où une double perte pour la société : perte de capital et perte d'énergie. Est-il prudent, est-il juste, de permettre aux fondateurs, souvent plus vaniteux que circonspects, de retenir d'au delà du tombeau, enchainées à leur volonté vieille peut-être de plusieurs siècles, en vue de la poursuite de buts surannés et inutiles, une partie de la force vive d'un monde dont l'évolution perpétuelle est la première des lois ? (2).

(1) Turgot visait surtout les fondations dont la gestion était confiée à des communautés religieuses innombrables à cette époque.

(2) « Il paraît d'une bonne législation d'empêcher les générations « mortes de faire la loi aux générations futures ». PLANIOL, note sous un arrêt de la Cour d'appel de Paris. D. 1893, 2, 513.

« Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations « futures », art. xxviii de la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1793. Cet article reproduit l'article xxxiii du projet de

Qui peut prévoir l'avenir et s'assurer que le résultat atteint ne sera pas contraire au but cherché. Et cela surtout dans le domaine des faits économiques et sociaux pour lesquels le siècle dernier nous offre tant d'étonnantes transformations. C'est ce qui se produit si fréquemment dans les fondations de bienfaisance, qui au lieu de récompenser ceux qui gagnent par leur travail la vie de leur famille, ne font qu'exciter à la paresse, au vagabondage et à la mendicité, qu'on doit reconnaître une grande part de vérité sous sa forme paradoxale à cette phrase qu'on rencontre dans les rapports des *Charity Commissioners* chargés en Angleterre de la surveillance des fondations : « ce ne sont pas les pauvres qui provoquent les fondations ; ce sont les fondations qui provoquent les pauvres (1) ».

déclaration des Droits rédigé par Condorcet. Voir AULARD, dans la revue : *La Révolution française*, tome XXXIV, p. 503, 506.

L'opinion opposée a aussi ses partisans : « Les morts, a dit au contraire Taine, (*Origines de la France contemporaine. La Révolution*, p. 249), ont des droits dans la société comme les vivants : « car cette société dont jouissent les vivants ce sont les morts qui l'ont faite et nous ne recevons leur héritage qu'à la condition « d'exécuter leur testament ».

M. le professeur GIDE après avoir dans son étude sur la séparation des Églises et de l'État raillé la crainte traditionnelle de la mainmorte « biens qui appartiennent à ceux qui ne meurent pas » comme n'étant qu'une « hantise du passé » une confusion entre les morts et les immortels, reconnaît que cependant une restriction s'impose : « Peut-être faudrait-il distinguer entre les associations et « les fondations. On peut bien qualifier les premières d'immortelles ; « mais les secondes ne sont que des morts survivants, ce qui n'est « pas la même chose : l'association se renouvelle sans cesse, non la « fondation » (p. 21 en note).

(1) *Reports of the Charity Commissioners for England and Wales*. En Angleterre d'ailleurs les inconvénients des fondations ont été

Dans un tout autre ordre d'idées on peut aussi voir dans la fondation un danger qui nécessite des mesures de protection pour la famille et les droits des héritiers.

Mais la principale raison, surtout au point de vue du droit international, pour laquelle il importe de soumettre les fondations à une surveillance étroite, c'est la trop grande importance que pourrait prendre un établissement pourvu d'une dotation considérable, qui, c'est un phénomène bien des fois observé, attirerait par cette puissance même de nouvelles donations, et dont le but pourrait être contraire à la tranquillité publique, à l'indépendance et à la sûreté de l'État ; dont les agissements pourraient être une cause de trouble dans la société et une menace pour le pays (1).

Faudrait-il donc après avoir enregistré ces critiques se rallier à leurs conclusions et déclarer que la manie de fonder, doit, dans l'intérêt public, être réprimée de telle sorte que ceux qui en sont atteints soient mis hors

également vivement ressentis. Trente ans avant Turgot, Jonathan Swift dans son *Voyage to Laputa* avait, pour stigmatiser les fondations perpétuelles, imaginé toute cette fable ingénieuse où il mettait en scène ces *Sruldbruggs* hideux, marqués de rouge au front dès leur naissance en signe d'éternité, accablés par leur immortalité même, condamnés à subir une décrépitude sans fin, et qu'on se trouve obligé de déposséder de leurs biens dont ils sont devenus incapables de faire bon usage. — On lira avec fruit sur ce sujet l'ouvrage de Courtney Stanhope Kenny, qui, écrit surtout dans un but de vulgarisation, s'il n'a pas une grande valeur doctrinale est au contraire fort intéressant à consulter au point de vue économique et social. Pour une documentation générale de la question en Angleterre, voir GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *op. cit.*, p. 5 et s., et ESCARRA, *op. cit.*, 1^{re} partie (historique) et 4^e partie, chap. II.

(1) En ce sens : voir DOMAT, *Droit public*, l. I, t. II, sec. II, p. xiv. — LÉON SAY, *Journal des Economistes*, 15 octobre 1890.

d'état de nuire ? Tel n'est pas aujourd'hui l'avis général et la plupart des économistes, se séparant sur ce point de leurs ancêtres du xviii^e siècle, se plaisent à reconnaître que les fondations ont, avec un peu de mal fait trop de bien, pour qu'on ose les condamner dans le passé ; qu'elles permettent encore d'en attendre trop d'œuvres utiles et d'initiatives heureuses pour qu'on songe à les prohiber dans l'avenir.

Nulle science peut-être, ne se meut dans un domaine plus variable et plus sujet aux contingences imprévues qu'amène avec elle la marche des années, que l'Économie politique. Or au cours du xix^e siècle, tandis que l'industrie et les sciences amélioraient sans cesse le bien-être général, leurs progrès même, étaient la cause d'un événement économique qui en est la douloureuse contrepartie et dont l'importance, dépassant par son amplitude dans le temps et dans l'espace, toutes les autres crises dont certains pays ont pu souffrir pendant une période déterminée, s'étend au monde civilisé tout entier et ne fait que croître de jour en jour : nous voulons parler de l'augmentation de la misère par suite de l'introduction de l'outillage mécanique et de ce paupérisme monstrueux qui, particulièrement dans les grandes villes ouvrières, accable, souvent malgré ses efforts, une population laborieuse qui mériterait une meilleure destinée. C'est en Angleterre qu'on en trouvera les plus terribles exemples et c'est là aussi qu'on verra le mieux à côté de l'association représentée par les trades-unions, la fondation lutter avec succès contre la misère et permettre aux personnes généreuses qui ont été favorisées par la fortune, d'assumer des charges qui sans

cela pèseraient lourdement sur tous (1) : ainsi le grand nombre pourra bénéficier de la richesse acquise par quelques-uns.

A côté de son rôle de bienfaisance ou d'assistance médicale, de distribution de secours ou de création d'hôpitaux, la fondation sera aussi appelée à rendre de précieux services en favorisant le développement des arts et en mettant au service de la science les sommes nécessaires pour permettre de nouvelles recherches et parvenir à d'utiles découvertes.

Ces différentes applications de la fondation sont rendues indispensables par ce fait que l'État, malgré tous ses efforts, ne saurait suffire par lui seul à la tâche. Il lui est aussi difficile qu'aux particuliers de prévoir l'avenir d'une mesure de bienfaisance ; et tandis que ceux-ci, au moins, peuvent aller de l'avant, un peu à l'aventure, prendre l'initiative de projets dont la réussite paraît douteuse et, montrant la route aux autres, risquer un échec dont les conséquences seront bornées et serviront d'enseignement et d'exemple pour ceux qui les suivront dans cette voie, l'État, dont la bonne volonté est forcément limitée par les ressources dont il peut disposer, a en outre le devoir de ne pas exposer les fonds publics dans des entreprises hasardeuses. Ne pouvant s'avancer que sur un terrain sûr et par des sentiers déjà battus

(1) C'est parmi les œuvres de cette catégorie qu'on peut citer une des plus célèbres *charities* de l'Angleterre, la fondation Peabody, par laquelle en 1869 un américain de ce nom laissa 500 000 £ pour l'assistance des pauvres de Londres. Cette somme à la suite d'un *scheme* des *trustees* fut employée à la construction de logements ouvriers qui abritèrent au bout de quelques années une grande partie de la population ouvrière de Londres.

son action sera forcément un peu routinière, et ne pouvant rien innover manquera toujours de souplesse et d'élan. Aussi a-t-il tout intérêt à accepter le concours et à favoriser la générosité de ceux qui viennent le seconder par la fondation d'œuvres utiles, caractérisées souvent par une ingéniosité hardie et même parfois quelque peu téméraire qu'il lui est difficile sinon interdit d'avoir lui-même.

En voilà assez semble-t-il pour montrer l'utilité des fondations instituées, dotées et entretenues par des particuliers ; mais cela ne fait pas disparaître les objections que nous exposons tout à l'heure et qui toutes peuvent être considérées comme dérivant d'un de leurs caractères essentiels : la perpétuité. Les dangers qui en dérivent sont moins une conséquence du principe même de la fondation que de son organisation. Ils ne mettent pas en cause l'institution elle-même, mais prouvent simplement qu'un contrôle supérieur efficace exercé par une autorité tutélaire offrant toutes les garanties désirables d'indépendance et de compétence, doit être imposé aux fondations. Pour éviter qu'elles ne soient pour le progrès général un élément perturbateur et une cause de retard, il importe de ne les laisser s'établir qu'après vérification de l'utilité du but qu'elles poursuivent. C'est à l'Etat que revient ce rôle.

Il ne nous appartient pas de faire ici de la politique législative et de déterminer à qui doit être confié ce pouvoir de surveillance que toutes les législations ont admis, mais ont organisé de façons si différentes. Le seul point à fixer c'est sa nécessité absolue et son rôle essentiel. C'est l'autorité publique chargée de l'exercer qui contrôlera l'administration du comité de direction de

la fondation et défendra les intérêts collectifs de la masse souvent amorphe et indéterminée des bénéficiaires inconnus. C'est elle aussi, si un vice d'adaptation se révèle entre l'œuvre et le but qu'elle poursuit, si l'expérience montre une défectuosité ou une faiblesse dans le plan conçu et édicté par le fondateur, si la pratique ne semble pas répondre d'une façon satisfaisante à l'esprit qui l'animait quand il s'est décidé à l'adopter, sera chargée de modifier les statuts dans la mesure où cela est rendu nécessaire pour assurer à l'emploi des fonds le maximum d'effet utile, mais sous la condition essentielle de respecter le but et la volonté initiale (1). C'est à elle enfin, si la fondation n'est plus adéquate aux conditions nouvelles de la vie sociale, si elle ne s'harmonise plus avec les besoins du temps, si l'utilisation du patrimoine affecté est devenue stérile ou même dangereuse par l'observation, non plus de simples détails d'organisation, mais de la volonté même du fondateur en tant que poursuivant un certain but idéal, par suite des changements d'ordre économique ou juridique survenus, qu'incom-

(1) Une modification sera souvent rendue nécessaire par la variation des ressources dont la fondation dispose et qui peuvent soit devenir insuffisantes pour la soutenir, soit au contraire dépasser de beaucoup ses besoins. — Pour montrer l'inconvénient de la persistance des fondations dans une forme immuable malgré les transformations économiques on cite, toujours, d'après Anthony Trollope (*The Warden*), l'exemple devenu classique de la fondation John Hiram pour l'assistance des cardeurs de laine de Barchester; longtemps après la disparition du travail à domicile devant l'introduction de la filature et du tissage mécanique et la création des grandes usines, on voyait des individus garder soigneusement chez eux leurs vieux métiers devenus inutiles dans le seul but de remplir les conditions requises pour pouvoir profiter des secours distribués

bera la tâche indispensable, mais particulièrement délicate, de supprimer les fondations dont l'exécution est devenue impossible, inutile ou nuisible et d'en employer les revenus à un autre objet d'intérêt général, tout en tenant compte autant que possible de l'ordre d'idées qui avait poussé le fondateur à accomplir l'acte désintéressé dont la transformation est devenue nécessaire (1).

Que conclure de tout ceci sinon qu'il résulte là comme ailleurs de l'ordre normal des choses qu'il ne peut y avoir de liberté sans contrôle. Faire une fondation c'est certainement sortir de l'intérêt privé, et il est naturel que l'autorité publique intervienne pour prendre en main les intérêts de ceux qui ne peuvent pas les défendre eux-mêmes ; elle sera ce qu'est l'assemblée générale dans l'association : un organe ayant pour mission la surveillance de la gestion et la revision constitutionnelle et statutaire.

en exécution de l'œuvre. Les fondations faites en faveur des victimes de la traite ou des pirates fournissent de nombreux exemples de ce genre.

C'est ainsi que l'article 90 de la loi italienne du 17 juillet 1890 a été obligée d'intervenir pour attribuer à des œuvres de patronage en faveur des détenus libérés le patrimoine de nombreuses fondations faites au moyen âge en faveur des prisonniers et des condamnés dont la situation était alors rendue fort pénible par un régime pénitentiaire très rigoureux.

(1) Sur la question de la dévolution des biens d'une fondation ou d'un établissement disparu ou transformé, Voir GRUNBAUM-BALLIN, *La séparation des Églises et de l'État*, Paris, 1903 et spécialement le chapitre consacré à l'étude 7 et 7 bis du projet Briand (art. 3 du projet Combes), sur la dévolution des biens des fabriques, consistoires et conseils presbytéraux. — Voir également plus bas au texte, II^e partie.

CHAPITRE II

CLASSIFICATION DES FONDATIONS D'APRÈS LE MODE DE FONDER

§ 1^{er}. — **Distinction de la fondation directe et de la fondation indirecte.**

La diversité des points à étudier et des problèmes à résoudre suivant que la fondation a été créée de telle ou telle façon, impose une division fondamentale du sujet seule capable d'y introduire quelque méthode.

Cette distinction primordiale qui nous paraît au point de vue du droit international présenter une importance considérable, repose sur le mode employé pour créer la fondation et sur les caractères différents qu'elle présente suivant que c'est à l'un ou l'autre de ces procédés qu'à eu recours le fondateur.

On peut sur cette base répartir les fondations en deux groupes nettement distincts :

Dans le premier nous rangerons les fondations proprement dites où le patrimoine affecté prend une existence indépendante ; celles-ci impliqueront nécessairement la création d'un organisme nouveau (1) donnant à l'œuvre

(1) C'est à dessein que nous employons ici le mot d'« organisme » et non celui de « personne morale » qui paraît se présenter tout naturellement. Cette terminologie a pour but de permettre de faire rentrer dans sa compréhension la *Charity* anglaise qui empruntant

une certaine matérialisation juridique, et la manifestant à l'extérieur comme une création autonome douée dans une mesure plus ou moins large du droit de s'administrer elle-même.

Dans la deuxième viendront prendre place toutes les fondations réalisées par le procédé de la donation ou du legs *sub modo* fait au profit d'une corporation ou d'un établissement préexistant, qui en même temps qu'il reçoit le patrimoine, se trouve chargé de sa gestion et de l'emploi de ses revenus dans le sens fixé et suivant les indications fournies, par le donataire ou légataire.

On objectera peut-être que la fondation indirecte ainsi réalisée n'est pas une fondation véritable au sens technique précis du mot ; que ce n'est là en somme qu'une simple application du droit commun dont l'intérêt en soi est par conséquent assez limité ; que d'ailleurs dans toutes les législations étrangères ayant une théorie de droit spéciale, quelle qu'elle soit, permettant au fondateur de réaliser directement par sa propre volonté une œuvre distincte et indépendante, on n'a que faire de la donation ou du legs modal à personne morale préexistante, procédé moins avantageux, car il restreint toujours dans une certaine mesure la liberté du donateur ou testateur, qui au lieu de pouvoir à son gré régler tous les détails du fonctionnement de la fondation qu'il veut créer, sera obligé de s'en remettre à un établissement déjà doué de capacité juridique, qui gèrera forcément

les formes du *trust* et n'étant pas le plus souvent « *incorporated* » ne constitue pas une personne morale reconnue, bien que présentant une organisation propre, indépendante, non de toute surveillance, mais de toute autorité directrice.

suivant son esprit, ses tendances et son organisation propre le patrimoine à lui confié dans un but donné ; qu'en France même on ne doit plus y voir que l'expression désuète et surannée d'un droit à la veille d'être réformé et déjà si battu en brèche par la jurisprudence administrative ou judiciaire, qu'il est à peine reconnaissable au milieu de toutes les décisions qui ont interprété la loi si largement qu'on n'en peut plus retrouver que des lambeaux.

Mais si la libéralité conditionnelle à un établissement préexistant sous une affectation particulière déterminée, emprunte les formes du droit commun elle n'en est pas moins une fondation véritable. On y trouve en effet un patrimoine affecté d'une façon permanente et pour une durée illimitée à un objet déterminé. La fondation considérée d'une façon abstraite dans les éléments qui la caractérisent n'est pas autre chose : peu importe si le procédé manque d'originalité ; nous n'avons pas à en tenir compte : c'est le résultat seul qu'il faut voir.

Nous nous permettrons, au surplus, de faire remarquer qu'en France au moins, le legs modal à personne morale déjà reconnue est toujours, dans le silence du code civil en cette matière, le seul mode de fonder à cause de mort parfaitement d'accord avec l'interprétation stricte de notre droit. Et tout en rendant justice aux remarquables efforts des tribunaux pour briser ce cadre trop étroit et permettre d'avoir recours à des moyens moins réguliers, efforts que d'ailleurs on s'accorde à approuver d'une façon à peu près générale, il n'en reste pas moins vrai que ce ne sont là que des décisions toujours susceptibles d'un revirement de la juris-

prudence, jusqu'à ce qu'une loi intervienne pour les sanctionner. — Mais, dit-on, cette loi est imminente et une fois qu'elle sera votée le vieux procédé sera vite délaissé. — A cela on peut faire une double réponse. D'abord, s'il est vrai qu'une loi est destinée à intervenir, nul ne peut en prévoir la date vraisemblablement encore éloignée, et nous ne sommes pas de ceux qui croient à son impérieuse nécessité, si ce n'est toutefois pour consacrer les résultats acquis de l'évolution jurisprudentielle ; elle aurait en tous cas besoin d'être mûrement réfléchie et consciencieusement étudiée, car ses conséquences économiques et politiques peuvent être considérables ; s'il est désirable, comme on le prétend, qu'un pas soit fait vers une plus grande liberté du droit de disposer par l'adoption de ce qu'on est convenu d'appeler on ne sait trop pourquoi la fondation privée (1) ; il faut bien prendre garde de maintenir la surveillance de l'État suffisamment efficace : il a à la fois à sauvegarder l'intérêt public et à se protéger lui-même contre des puissances qui pourraient de l'intérieur menacer son indépendance ou sa sécurité. Ensuite, même sous l'empire de cette loi attendue, rien ne prouve que le régime actuel soit si vite et si complètement délaissé. On invoque l'exemple des pays étrangers qui possèdent déjà sur la matière une législation que nous sommes d'autant plus portés à admirer qu'elle n'est pas la nôtre. Mais est-il bien exact de croire que la fondation directe y soit seule employée ? Bien loin de là. Ce qui est vrai c'est que tandis que celle

(1) On verra plus loin dans la 2^e partie, chap. II, ce que nous pensons de la prétendue antithèse de la fondation publique et de la fondation privée.

ci par son originalité et son existence indépendante frappe la vue, attire l'attention et retient les observateurs, la libéralité à une personne morale déjà existante, sous la charge d'un service déterminé, conception plus modeste « dissimulant ses caractères propres » derrière les formes courantes du droit et s'effaçant « discrètement dans l'enveloppe commune des procédés ordinaires (1) » se glisse avec humilité dans le cadre des donations et des legs et remplit son rôle avec moins d'éclat.

Pourquoi n'aurait-on plus recours à ce mode de fonder, qui dans sa simplicité offre tant d'avantages, qu'on a pu non seulement le juger comme suffisant et montrer avec quelle justesse il répondait aux exigences du droit public et des intérêts privés, mais encore y voir le terme d'une longue évolution historique (2) ? Il y a, et il y aura tou-

(1) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *op. cit.*

(2) C'est là l'idée maîtresse et directrice de la théorie des fondations de M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE. Tout son travail est consacré à la défense, à la justification et à l'apologie du système français dans son interprétation la plus stricte, et à la démonstration des défauts pratiques et juridiques de l'extension qui lui est donnée dans les différents procédés admis par la jurisprudence. Rien ne peut mieux résumer la thèse qu'il y soutient que ce passage tiré de l'ouvrage lui-même :

« Petites ou grandes, humbles ou modestes toutes les fondations peuvent également s'enfermer dans ce cadre... »

« Toute fondation s'analyse nécessairement dans un don ou legs *sub modo* à une personne morale préexistante; telle est actuellement la formule du droit. Simple et nette, elle est malheureusement méconnue par la doctrine et par la jurisprudence. Mal renseignées sur les antécédents historiques de ce système la théorie et la pratique se font de ce procédé une idée très inexacte. Elle n'en ont pas vu la persistance à travers les âges, la souplesse et la force dans le droit grec et romain, le maintien dans le moyen âge, puis la valeur en 1749. Elles l'ont jugé étroit tandis qu'il était large,

jours, des personnes généreuses qui peu soucieuses de créer une organisation compliquée et de fonctionnement coûteux préféreront s'adresser à l'État, à la commune, à une œuvre préexistante auxquels ils confieront le soin de distribuer ou d'employer suivant les conditions qu'elles auront imposées et dans le but qu'elles auront fixé, la partie de leur patrimoine que, dans un élan d'altruisme, elles auront résolu de consacrer à la bienfaisance ou à l'intérêt public.

Certes ce procédé plus terne ne satisfait pas au même titre la vanité de ceux qui, poussés par un amour immo-déré d'eux-mêmes les portant à une exagération fâcheuse de leur propre personnalité, ont moins pour but la bienfaisance ou l'intérêt public que le désir de commander au delà de la mort à leur patrimoine et d'attacher leur nom à une œuvre qu'ils espèrent impérissable : aveuglés par leur orgueil ils se figurent ainsi prolonger leur existence dans un monde auquel ils sont trop attachés. Mais pour ceux qui se rendent compte qu'ils ne sont qu'un atome dans le flot humain qui se renouvelle sans cesse sur la terre ; qui ont conscience de n'avoir été que les heureux bénéficiaires des travaux des générations passées ; qui n'aspirent pas à s'élever au dessus des limitations que la nature a posé à leur activité ; qui ne sont pas tourmentés par l'obsession d'une perpétuité fragile

« elles l'ont cru rigide tandis qu'il était élastique. Faute d'avoir « étudié son rôle dans le passé elles n'ont pu saisir quelle place elle « méritait maintenant. » *Théorie et pratique des fondations*, 2^e partie titre I^{er} : la formule, p. 89.

Voyez également en faveur de la fondation indirecte les notes de M. LABBÉ, S. 70, 2, 149 ; P. 70, 589 ; S. 90, 1, 609 ; S. 29, 4, 17 ; S. 95, 2, 1.

et relative ; qui, au vain plaisir de laisser sur une œuvre périssable comme toute œuvre humaine, un nom destiné à ne devenir bientôt qu'un simple qualificatif dénué de toute signification précise, tellement le souvenir des morts passe vite dans l'esprit de ceux qui sont préoccupés de la vie, préfèrent emporter dans la tombe le sentiment d'avoir, dans la mesure de leurs forces, contribué d'une façon efficace bien qu'anonyme, au soulagement des souffrances de ceux qui les remplaceront en ce monde ; qui sachant que la modestie double le mérite d'un bienfait ne demandent qu'à rendre à la société une partie des richesses qu'elle a accumulée dans leurs mains ; pour tous ceux qui, en un mot, à la générosité allieront la raison, ils trouveront presque toujours dans la libéralité conditionnelle à une corporation, à un établissement public ou d'utilité publique un moyen simple et sûr d'arriver au but qu'ils poursuivent.

Et, en fait, quoi qu'on en ait pu dire, on trouve partout ce procédé largement pratiqué, même dans les pays dont les lois reconnaissent explicitement la fondation directe et n'y apportent que le minimum d'entraves.

En Allemagne par exemple, s'il est vrai que les articles 80 et suivants du code civil ne visent que la réglementation des fondations ayant une capacité juridique distincte et destinées à constituer des personnes morales nouvelles, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne se montrent hostiles à la conception de la fondation réalisée par don où legs avec charge, fait à une personne morale préexistante (1). Elles ne se refusent aucunement à voir là de véritables fondations, bien qu'elles n'aient pas en

(1) REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, § 87, I, p. 344 et s.

elles-mêmes et par elles-mêmes la personnalité juridique, qu'elles ne se distinguent pas de l'établissement qui en profite, et qu'elles ne résistent à une absorption complète que par l'affectation spéciale des biens ainsi donnés, administrés sous un régime de séparation des patrimoines au sens et dans la mesure des articles 525 et suivants et 2192 et suivants du code civil de l'Empire (1). On peut affirmer que malgré l'importance donnée à la *Stiftung*, ce procédé jouit encore dans la pratique actuelle d'une très grande autorité.

Si maintenant nous recherchons en droit anglais l'importance relative des fondations directes et des fondations consistant en une libéralité conditionnelle avec clause d'affectation faite au profit d'une corporation (2), la fixation des limites qui les séparent paraît plus vague et de détermination moins aisée. En effet, comme nous le verrons plus loin, la fondation particulière au moins en

(1) § 525, B. G. — Celui qui fait une donation avec charge peut exiger l'exécution de cette dernière lorsqu'il a fait la prestation qui lui incombe.

Si l'exécution de la charge est d'intérêt public, l'autorité compétente peut aussi exiger l'exécution après la mort du donateur.

§ 2192, B. G. — L'on applique par analogie aux charges les dispositions des articles 2065, 2147, 2148, 2154 à 2156, 2161, 2171, 2181, relatives aux libéralités testamentaires.

(2) La personnalité morale se manifeste essentiellement en Angleterre sous la forme corporative.

On y distingue les *corporations aggregate* formées par la réunion de plusieurs individus et les *corporations sole* ne consistant qu'en une seule personne qui a reçu de la loi par suite d'une incorporation à elle consentie, certains privilèges se rattachant d'une façon étroite à la fonction dont elle est revêtue et destinés à passer à ses successeurs avec cette fonction elle-même. Cf. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, livre 1, chap. XVIII.

principe, n'entraîne pas de personnalité morale, cette personnalité morale qui en France comme en Allemagne est considérée comme le grand criterium de l'indépendance d'une fondation. Presque toutes revêtent la forme du *trust*, constitution d'un droit de propriété fiduciaire par le moyen d'une interposition de personne (1) : c'est-à-dire qu'on peut en somme y voir une libéralité conditionnelle avec clause d'affectation particulière à un but charitable. Toute la question revient donc le plus souvent à rechercher si le *trust* qui sert de base à la *Charity* a été fait par le fondateur au profit de *trustees* spéciaux formant un organisme indépendant chargé de l'administration de la fondation, ou si le *trustee* n'est autre chose qu'une corporation ou un établissement préexistant.

Mais ceci ne permettra pas une classification aussi exacte qu'en droit allemand où la *stiftung* consistant en un patrimoine entièrement indépendant affecté directement à la réalisation d'un but permanent et revêtu de la capacité juridique, peut, non seulement se présenter sous la forme typique d'un établissement impliquant une organisation extérieure autonome, mais encore exister dans le cas où elle emprunte l'aménagement matériel et le personnel d'un établissement plus important déjà existant, d'un établissement public par exemple, qui gère son patrimoine et l'emploie à sa destination; pourvu que ce ne soient là que des combinaisons de fait, et qu'elle garde en droit une personnalité morale distincte qui suffit à la distinguer profondément de la fondation indi-

(1) Nous verrons plus loin que cette définition élémentaire du *trust* est loin d'être parfaitement exacte.

recte par don au legs *sub modo* avec laquelle un examen superficiel pourrait la laisser confondre.

En droit anglais au contraire, cette confusion est fatale et impossible à éviter ; ou plutôt cette distinction n'existe même pas, si l'on ne considère que le fonctionnement de la fondation indirecte et non sa création. En effet, Tudor (1) nous apprend d'une part, qu'en Angleterre il se trouve encore des fondateurs pour employer le moule du simple don ou legs accompagné de la charge pour le donataire ou le légataire de l'obligation personnelle de remplir le *charitable purpose* dont le caractère conditionnel doit être expressément indiqué et ne pas résulter simplement de la volonté présumée de son auteur, pour que l'opération soit légale et valable. C'est là la libéralité conditionnelle au sens le plus strict, dans laquelle l'*assurance* n'est pas faite directement au profit de la *Charity* mais seulement par l'intermédiaire d'un premier gratifié (2). Mais d'autre part, on rencontre aussi et plus fréquemment, le cas où la fondation emprunte la forme d'un *charitable trust* dont le *trustee* est une corporation préexistante douée de la personnalité morale, corporation quelconque d'ailleurs, et qui peut être soit une *corporation sole* soit une *corporation aggregate*. La fonda-

(1) TUDOR, *The law of Charities and Mortmain*, p. 21 et suiv.

(2) On rencontre dans le cas du *conditional gift* une théorie des conditions impossibles et illicites semblable à celle du droit français. Les solutions données par le droit anglais sont d'ailleurs analogues à celles de notre article 900 du Code civil. La condition impossible ou illicite est réputée non écrite et la fondation : « *takes the property discharged from the condition* » si bien que son existence ne peut jamais nuire à la réalisation de la volonté charitable prise en soi et indépendamment de ses modalités.

tion ainsi réalisée, quoique reposant sur un mode de création qui la rapproche beaucoup de l'*individual trust* paraît correspondre elle aussi, assez exactement, à ce que nous appelons en France la fondation par don ou legs *sub modo* à personne morale préexistante ; à tel point qu'on peut semble-t-il la ranger dans cette catégorie avec le *conditional gift*.

Ces deux modes de fonder produisent d'ailleurs des effets identiques. Mais on voit combien nous avons raison de dire que cette classification est moins nette et moins précise que celle que nous avons appliquée au droit allemand, avec laquelle elle ne concorde d'ailleurs que par ses deux extrêmes.

§ 2. — Son intérêt vis-à-vis du droit international.

Après la constatation de l'importance en France de la fondation indirecte et ce rapide examen qui nous a démontré sa survivance dans les deux législations étrangères qui en paraissent le plus éloignées, il est impossible de la négliger ; mais il importe de lui faire une place à part et de l'envisager, notamment au point de vue du droit international, d'une façon entièrement distincte.

Sans insister actuellement sur les conflits qui sont de nature à se présenter à propos des fondations nous pouvons dès à présent affirmer que les questions à résoudre seront essentiellement différentes dans un cas, de celles que l'on sera exposé à rencontrer si l'on envisage une fondation de l'autre catégorie.

Mais il y a plus. Le rôle du droit international privé

ne sera pas le même dans les deux hypothèses. Ou, au moins, il dépassera dans l'une, le cercle limitant, dans l'autre, son intervention. Tandis qu'en matière de fondation indirecte, il n'aura qu'à solutionner la question du droit d'acquérir et de recevoir par dons ou legs hors de leur pays, des personnes morales étrangères, problème dont les éléments se retrouvent sensiblement identiques dans tous les pays ; il aura, en matière de fondation directe et indépendante, avant de pouvoir déterminer dans quelle mesure celle-ci peut agir et sous quelles conditions (si conditions il y a), elle doit être reconnue à l'étranger, à construire une théorie internationale de la fondation, indispensable pour fournir au raisonnement une base solide sur laquelle on puisse appuyer des solutions d'application vraiment générale à toutes les législations. Peut-être pourrait-elle aussi servir à faciliter le rapprochement des divers droits sur la notion de la fondation directe, sur la manière de l'expliquer, et la façon de la régler. Si, comme nous le verrons, ils partent tous d'idées communes et sont au fond moins éloignés les uns des autres qu'ils ne le paraissent dans l'application qu'ils en font à la pratique, on peut espérer parvenir un jour à un progrès en ce sens. Mais pour pouvoir, par la comparaison des différentes législations, découvrir leurs points de contact et déterminer les bases qui paraissent pouvoir être admises universellement par elles, il importe, de rassembler les éléments nécessaires à ce travail, c'est-à-dire d'étudier la pratique de la fondation directe dans les exemples que l'on rencontre dans le droit français et le droit étranger.

Cette étude est rendue nécessaire par les conceptions éminemment variées qu'on s'est fait suivant les pays

de la fondation directe, la seule à laquelle certains voudraient aujourd'hui réserver le nom de fondation, celle qui entraîne, sous l'inspiration de la volonté de son auteur, la création d'une œuvre nouvelle et indépendante se présentant sous l'aspect d'un organisme particulier tout entier consacré au but qu'elle prétend ainsi atteindre.

Dans tout l'ensemble du droit il n'y a peut-être pas d'institutions pour avoir, quoique destinées à remplir un même rôle, été réglementées de façons si différentes, et en apparence si opposées. Il est difficile en effet de trouver des constructions juridiques plus profondément séparées que l'établissement public la *Stiftung* et la *charity* pour ne parler que des types principaux représentés par les législations française, allemande et anglaise. Chacun de ces systèmes présente une physionomie originale n'offrant avec les autres que peu ou point de traits communs. Aucune ressemblance, aucune similitude semble-t-il, n'existe entre eux. Et il n'y a pas que les voies suivies, que les moyens employés qui diffèrent : les points de départ sur lesquels s'appuie la fondation dans ces trois grandes théories sont essentiellement distincts. Tant il est vrai que l'esprit juridique résultant des différentes qualités de l'intelligence et du caractère, varient selon les peuples et selon les pays. Tous ont les mêmes besoins et tous s'efforcent de les satisfaire ; mais chacun y apporte son génie propre et sa tendance d'esprit particulière, si bien que tous vont au même but par les chemins les plus variés. Chaque droit national part d'un point périphérique distinct et tous viennent se réunir au même centre, attirés par une même force : la nécessité de satisfaire un besoin social identique.

Nulle part on n'en saurait trouver un meilleur exemple que dans le droit comparé des fondations, qui nous montre d'une façon si frappante, à côté de notre droit simple, clair et logique acceptant ouvertement l'im-mixtion nécessaire de l'Administration et se pliant docilement aux exigences et aux complications qu'elle traîne partout avec elle et qui sont les conséquences inévitables de son intervention (1), d'une part la métaphysique nébuleuse qui a présidé à l'élaboration du droit allemand et qui sert encore aujourd'hui à l'explication des solutions qu'il a adoptées, et d'autre part le caractère pratique, mais vraiment trop peu scientifique, du droit anglais qui arrive au même résultat sans tenir compte d'aucune notion abstraite, on pourrait presque dire d'aucun principe juridique, car il ne fait que présenter la combinaison des différents *Acts* rendus sous la seule pression des circonstances, des efforts que la pratique a pu faire pour tourner des prohibitions gênantes ou dangereuses pour elle, et des décisions de la jurisprudence des Cours sur les points litigieux qui leur ont été soumis (2).

Nous avons pensé qu'il ne serait pas inutile de donner un aperçu abrégé des principaux systèmes autour desquels viennent se grouper ceux des autres

(1) Ceci dit à un point de vue surtout théorique et général car on verra plus bas que nous nous plaçons à rendre pleine justice aux efforts du Conseil d'État pour faciliter la fondation directe, notamment à cause de mort.

(2) C'est là un caractère que commence à prendre notre propre droit en cette matière. Et cette tendance ne peut faire que s'accroître tant qu'une loi n'interviendra pas, à tel point qu'on a pu penser qu'elle la rendait inutile.

pays qui tous s'en sont inspirés, s'y rattachent ou en dérivent.

Après cet examen fait à un point de vue purement descriptif, concret et pratique, nous nous efforcerons de montrer dans la deuxième partie de notre thèse comment entre ces théories si opposées en apparence, mais tendant toutes au même but d'utilité sociale, on peut trouver des idées fondamentales communes qui nous serviront à tenter la construction abstraite d'une notion théorique générale de la fondation pouvant s'appliquer indifféremment à toutes les législations.

Nous serons alors, mais alors seulement, en possession des éléments nécessaires pour nous trouver en mesure de donner quelques principes de résolution des conflits de lois en matière de fondations directes et d'étudier avec profit les solutions qui leur ont été déjà données par la pratique.

CHAPITRE III

DROIT FRANÇAIS

§ 1. — La fondation directe œuvre du droit public.

Il n'y a fondation au sens strict, fondation avec création d'un organisme nouveau, que dans les cas où elle revêt la forme d'une institution indépendante. Or le droit français, dans le silence du code sur toutes les questions s'y rattachant, ne reconnaît pas la fondation directe privée, création de la volonté individuelle. La fondation d'un établissement nouveau et distinct ne peut être que l'œuvre du droit public.

C'est là la conséquence des quatre idées suivantes qui régissent tout notre droit des fondations :

1° Que toute fondation doit emprunter lors de sa création les formes du droit commun, c'est-à-dire celle d'une libéralité avec charge au profit d'une œuvre pré-existante créée ou non par le fondateur (1).

(1) Cf., DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 1789, t. VIII, p. 705. V^o Fondation, § 2 :
« Une fondation étant un établissement destiné à procurer un avantage public, il est évident qu'on ne peut arriver à ce but qu'en affectant à l'établissement une dotation pour l'acquit de ses charges. Ainsi, la première condition requise pour faire une fondation valable est de lui assigner une dotation. Et comme nous avons dit que la fondation était un établissement fait par une

2° Que la fondation, qui tire de sa nature d'affectation permanente d'un patrimoine à un but donné une perpétuité au moins relative, ne peut s'appuyer simplement sur une ou plusieurs personnes physiques dont l'existence, essentiellement temporaire, est forcément limitée dans le temps.

3° Que la personne morale non sujette à la mort, ou au moins indifférente à l'âge, peut seule fournir à la fondation une base d'une persistance suffisante et ce de deux façons différentes :

a/. — Soit, dans le cas où elle existe déjà, en étant choisie comme le bénéficiaire, sous une charge expresse qui en détermine la destination du don ou legs d'un patrimoine déterminé.

b/. — Soit, si le fondateur pour une raison quelconque refuse d'employer ce moyen et veut réaliser une œuvre nouvelle de toutes pièces, en étant créée spécialement pour la personnifier et devenir propriétaire des biens affectés(1).

4° Que la personnalité morale, fiction de la loi, ne peut être acquise à la fondation nouvelle que par suite d'une concession gracieuse de l'État qui confère ainsi à l'œuvre qui est l'objet de cette faveur, en même temps que la capacité juridique, une existence indépendante fictive.

« détermination libre, il s'ensuit qu'on ne peut la doter que par un
« acte du genre de ceux que nos lois appellent dispositions à titre
« gratuit; d'où il résulte par une deuxième conséquence, que les
« fondations ne sauraient être faites parmi nous que par un acte en
« forme de donation en vif ou en forme de testament ».

(1) C'est uniquement de ce dernier cas dont nous voulons nous occuper ici puisque c'est le seul où l'on trouve la création d'un organisme nouveau.

Le point capital du système français, c'est que n'admettant pas la possibilité de réaliser une fondation privée sous la forme d'un patrimoine d'affectation, autonome et indépendant, distinct de toute autre masse patrimoniale, l'organisme nouvellement créé ne peut être qu'un établissement d'utilité publique et que, par conséquent, la fondation directe en France se confond en fait avec la reconnaissance de l'administration qui consent à admettre sous sa haute tutelle et à se rattacher pour ainsi dire comme un de ses organes, l'œuvre qui ne possédait aucune personnalité ni capacité juridique, distincte de celle de son fondateur. On pourrait même dire que le véritable fondateur c'est bien plutôt l'État lui-même, lui, qui sur la demande et sous la promesse du concours pécuniaire d'un particulier, confère cette personnalité et cette capacité indépendante, condition de la perpétuité, à une fondation qui jusqu'alors ne consistait que dans l'existence non déterminable d'un patrimoine d'affectation resté confondu dans les mains de son propriétaire avec le reste de sa fortune dont il était exposé à subir toutes les fluctuations, et consacré à l'entretien d'une organisation matérielle sans aucune existence de droit, destinée presque fatalement à n'avoir qu'une durée éphémère. C'est en réalité la reconnaissance d'utilité publique qui crée la fondation.

Un système tout à fait analogue est suivi en Belgique dont le droit, et particulièrement le droit public, est directement inspiré du droit français. Une tentative faite en 1857 en faveur de la fondation privée y a complètement échoué (1).

(1) L'article 69 de la rédaction proposée aurait permis de créer

En Espagne les fondations établies par acte entre vif ou testamentaire doivent, d'après la loi du 27 avril 1875, être autorisées du souverain. Elle sont soumises au contrôle du gouvernement exercé par le préfet avec recours possible au ministre de l'Intérieur et, dans certains cas, par l'autorité ecclésiastique.

En Italie enfin, malgré l'influence qu'y exerce le droit allemand, on a maintenu énergiquement en 1890 l'idée du contrôle et même du concours de l'État. De nombreuses fondations anciennes furent transformées ou supprimées et une commission municipale officielle est chargée de l'administration des biens de celles qu'on a laissé subsister sans qu'aucun effet valable soit reconnu aux clauses contraires de réversibilité contenues dans les statuts constitutifs. Les fondations sont en quelque sorte considérées comme une annexe de l'Assistance publique, bien que gardant cependant une certaine indépendance. L'État, plus encore qu'en France, est en Italie considéré comme le cofondateur indispensable : « La perpétuité, ce n'est pas quoi qu'en disent les Allemands, les fondateurs qui peuvent la donner, mais seulement l'État qui survit aux hommes et aux générations » (1). La reconnaissance légale y est l'exact équivalent de notre reconnaissance d'utilité publique (2).

Pour que la reconnaissance d'utilité publique n'inter-

des établissements et des œuvres de bienfaisance à l'aide de fondations privées.

(1) Paroles prononcées lors de la discussion du projet à la chambre italienne le 11 décembre 1889, par M. BONACCI, membre de la commission. (*Atti parlamentari*, p. 327).

(2) Elle est toutefois accordée d'une manière sensiblement plus large.

vienne qu'à bon escient et ne soit accordée qu'aux œuvres qui en sont dignes, il importe que l'administration soit mise en demeure d'apprécier leur utilité, de se rendre compte si l'intérêt général peut retirer quelque avantage de leur existence. Aussi est-il généralement exigé qu'elles fonctionnent en fait depuis quelque temps au simple titre d'entreprises particulières. Ce n'est qu'après ces essais préliminaires, lorsqu'une période d'épreuve plus ou moins longue se sera écoulée, pendant laquelle on aura facilement pu constater, non seulement la viabilité de l'œuvre, mais aussi les services qu'elle peut rendre, que celui qui l'a conçue pourra se risquer à solliciter de l'autorité compétente le classement comme établissement d'utilité publique de l'œuvre par lui créée et l'autorisation pour la nouvelle personne morale d'accepter la libéralité à elle faite.

Mais de ce double principe que, d'une part, la reconnaissance d'utilité publique ne peut être accordée qu'après l'organisation et le fonctionnement pratique de l'œuvre par les soins de son futur fondateur, et que, d'autre part, un établissement existant comme personne juridique peut seul être gratifié, il résulte que la fondation directe dans l'interprétation étroite des règles de notre droit n'est réalisable que par cet acte entre vifs.

Chacun sait que ce n'est là qu'un cas relativement tout à fait exceptionnel, car il répugne presque toujours à l'homme de se dépouiller de son vivant ; c'est là une tendance naturelle : si le fondateur préfère son œuvre à ses héritiers il se préfère lui-même à son œuvre. Aussi l'hypothèse la plus pratique et de beaucoup la plus fréquente est celle de la fondation réalisée dans une disposition à cause de mort. Or sous cette forme

testamentaire, la fondation directe de droit public n'est strictement et juridiquement pas possible.

C'était là une lacune évidente qu'il fallait combler : la jurisprudence le comprit, et validant aussi souvent qu'elle le put les procédés ingénieux, mais d'une régularité parfois douteuse, que la nécessité inspirait à la pratique, elle élargit le domaine de la fondation directe de deux façons différentes.

1° En sanctionnant divers procédés permettant la fondation testamentaire de droit public.

2° En^e admettant dans une certaine mesure la fondation de droit privé elle-même.

Le premier point fut à la fois l'œuvre du conseil d'État et de la Cour de Cassation ; il représente aujourd'hui un résultat acquis et presque certainement définitivement consacré ; le second, œuvre de la seule jurisprudence civile, donne lieu à de nombreuses critiques qu'il ne pourra selon toutes apparences y résister.

§ 2. — Mesures prises pour faciliter la fondation de droit public et l'étendre aux fondations à cause de mort.

La première au moins de ces extensions jurisprudentielles était absolument indispensable et tout le monde est d'accord pour en reconnaître unanimement et l'utilité et le mérite (1).

(1) Cependant on peut se demander ici, comme d'ailleurs dans bien d'autres cas où les efforts de la jurisprudence ont étendu ou modifié pratiquement une loi trop étroite ou devenue inapplicable, s'il n'aurait pas mieux fallu par le rigorisme d'une interprétation stricte forcer le législateur à une réformation nécessaire.

Le droit pénal surtout offre de ces exemples qui font regretter la

Elle a d'ailleurs été effectuée par plusieurs voies à la fois. De timide et hésitante qu'elle était au début, elle n'a pas tardé à acquérir la confiance qui lui manquait et à adopter des solutions plus hardies, sans toutefois arriver encore sur un point au terme définitif qu'elle atteindra bientôt, comme tout le fait prévoir, si l'intervention de la loi annoncée lui en laisse le temps.

Quoiqu'il en soit, dès aujourd'hui, la fondation de droit public, malgré toutes les imperfections qu'elle présentait à l'origine, permet, grâce aux efforts de la jurisprudence qui a déployé pour atténuer des rigueurs fâcheuses, modeler le droit sur les besoins de la pratique, multiplier les procédés possibles et légitimer les combinaisons les plus téméraires, en vue de faire droit aux aspirations les plus légitimes de l'initiative individuelle, autant d'ingéniosité que de persévérance, la réalisation de presque tous les projets qui peuvent venir à l'esprit de personnes généreuses (1).

trop grande bonne volonté des tribunaux qui nous condamnent à l'application fautive parce que forcée, d'une loi imparfaite et cependant grâce à eux suffisante. La répression des délits qui ne rentrent pas dans les définitions du vol, de l'escroquerie ou de l'abus de confiance et qu'on a puni cependant en leur étendant les peines qui les sanctionnent; l'application forcée des articles 330 et 334 à des hypothèses dans lesquelles l'interprétation stricte des textes ne permettrait pas d'exercer de poursuites; l'extension de l'article 410 sur les maisons de jeu de hasard aux paris sur les champs de course avant la loi du 2 juin 1901; de l'article 419 aux trusts et cartels, en fournissent quelques-uns des meilleurs exemples.

(1) Nous disons « presque tous », parce que, fondation indirecte mise à part, la reconnaissance d'utilité publique, ne pourra être accordée qu'à des fondations d'une certaine importance. Il ne faut pas toutefois, comme on le verra plus loin (II^e partie, ch II, 1^{re} sect., § 1, p. 176, 177, en note) exagérer cette conséquence de notre droit public.

Tandis que le conseil d'État après avoir validé le legs à personne morale administrative préexistante avec clause d'affectation à un établissement public à créer, admettait par la suite le legs direct, d'abord à l'œuvre fonctionnant en fait, mais non reconnue à la mort du *de cuius*, puis enfin à celle qui n'a encore à ce moment aucune existence, même de fait, la Cour de Cassation sanctionnait de son côté le droit pour un testateur, d'imposer à son légataire l'obligation d'organiser, de faire reconnaître et de doter en son lieu et place, la fondation qu'il désirait voir réaliser, mais qui jusqu'à sa mort, n'était restée qu'à l'état d'expérience sans valeur juridique, ou même de simple projet sans aucune manifestation extérieure d'activité.

A. — Il est indéniable que le Conseil d'État, s'apercevant de la nécessité qu'il y avait, à faciliter la fondation directe, et particulièrement la fondation à cause de mort, a fait, en face des tendances de plus en plus marquées qui se font jour en faveur de la fondation dite de droit privé, et dans la crainte de voir cette partie de notre droit échapper à l'hégémonie administrative qui la régit, tout ce qui était en son pouvoir pour permettre aux principes du droit public de se concilier avec presque toutes les intentions véritables des fondateurs.

Le premier pas fait en ce sens, fut de valider le legs fait à un établissement public existant, à charge pour lui d'organiser une fondation indépendante et de la doter avec les biens recueillis dans la succession.

Le Conseil d'État, déclarant qu'il avait pleins pouvoirs pour interpréter les volontés du fondateur et pour

leur faire produire un effet utile qui leur soit conforme, en suppléant à une omission ou en réformant une erreur purement juridique et entièrement inconsciente, a même bien voulu pour éviter l'annulation de la disposition faite, soit directement à l'œuvre avant que ce moyen fut encore légitimé, soit à un bénéficiaire incompetent, supposer au testateur, l'intention, non exprimée par lui, de choisir comme exécuteur de ses volontés une autorité administrative quelconque, de compétence suffisante, tel que par exemple le maire de la commune présumé chargé en sa qualité de représentant légal des pauvres (1) d'organiser suivant le désir exprimé par le défunt un hospice ou un bureau de bienfaisance et de lui transmettre l'émolument du legs (2).

Ce détour ne blesse aucun principe du droit et respecte dans son intégrité l'application de l'article 910 du Code civil. Aussi ne soulève-t-il pas les mêmes critiques que le legs à personne physique à charge de fonder, que cependant, ainsi qu'on le verra plus loin, la jurisprudence civile paraît avoir définitivement sanctionné. A tel point que des auteurs qui représentent en

(1) Sur les complications qui peuvent se présenter en cas de fondations faites au profit des pauvres de plusieurs communes ou de plusieurs départements ou d'une partie seulement des pauvres d'une commune, voir : BÉQUER, *Répertoire du droit administratif*, V^o Dons et legs n^o 134 et s. — Avis du Conseil d'État du 15 janvier 1837 et les notes de la section de l'Intérieur des 26 déc. 1872, 21 juillet 1885 et 5 janvier 1887, *op. cit.*, XIII, p. 119 et ss.

(2) Cette jurisprudence du Conseil d'État est d'ailleurs en relation étroite avec celle appliquée par lui au cas de fondations indirectes par dons ou legs *sub modo* adressés, soit à la collectivité anonyme des bénéficiaires indéterminés, soit à une personne morale incompetente par suite du principe administratif de la spécialité.

cette matière, avec une autorité incontestable, l'opinion favorable au monopole absolu de l'administration, ont soutenu qu'il n'y avait pas d'analogie entre les deux procédés et que, malgré leur ressemblance apparente, le premier se justifie parfaitement tandis que le second ne mérite que le blâme (1). Peut-être est-ce aller un peu loin, et se montrer bien sévère pour les efforts des tribunaux qui, ici, ne font en somme que seconder ceux du Conseil d'État ; nous les comprenons mieux quand ils reprochent à ces mêmes tribunaux de droit commun de ne pas les seconder autant qu'ils le pourraient (2).

Une fois cette première interprétation extensive devenue pour le conseil d'État de jurisprudence constante, il s'est résolu, se trouvant en face d'hypothèses où il était impossible de découvrir une autorité administrative qualifiée pour exécuter la volonté du défunt, à admettre comme susceptibles d'être autorisées direc-

(1) H. LÉVY-ULLMAN, et P. GRUNEBaum-BALLIN, *Essai sur les fondations par testament*. Affaires de l'académie de Goncourt et de l'hospice de Finesret. — Article paru dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 2, 1904. (Le numérotage indiqué par nous se réfère au tirage à part), p. 21. « Le legs à personne morale avec clause d'affectation, non pas au profit d'une catégorie d'individus individuellement déterminés (ex : les pauvres atteints de telle maladie, les élèves les plus méritants de telle classe) mais en faveur d'une œuvre déterminée, susceptible de jouir du bénéfice de la personnalité civile n'est pas une transposition dans le droit administratif du legs *sub modo* à personne physique du droit civil : c'est une institution originale qui en diffère sensiblement ; la fondation de droit public, faite grâce à elle, échappe absolument à tous les reproches que nous formulions contre la fondation de droit privé » par le legs *sub modo* à personne physique », Voyez à la suite l'exposé des raisons.

(2) *Idem*, p. 30, *in fine*.

tement et sans supposer aucun intermédiaire les libéralités faites en faveur d'établissements n'existant au jour du décès ni en fait ni en droit, ni comme personne morale ni même comme organisation purement privée.

Les arrêts n'en arrivèrent d'ailleurs pas là tout d'un coup. Toutes ces transformations dans l'interprétation de la loi se présentent sous l'aspect d'une évolution continuellement progressive, mais nécessairement très lente, car la prudence était en cette matière une garantie trop précieuse de succès pour être négligée. La première étape atteinte consista à déclarer que la reconnaissance d'utilité publique accordée à l'œuvre déjà organisée en fait, rétroagirait en cas de prédécès du fondateur au jour de l'ouverture de la succession, de façon à permettre à la personne morale, réputée ainsi existante dès ce moment, de se présenter valablement comme légataire. Cette rétroactivité permet de tourner avec succès l'objection tirée de l'article 906 du code civil qui déclare que pour qu'une personne puisse recevoir par testament il faut qu'elle soit au moins conçue à l'époque du décès du testateur. On peut même raisonner de deux façons différentes et déclarer, soit qu'il ne s'agit nullement du legs à personne future interdit par l'article 906, mais d'un legs fait sous la condition « *si nascatur* » à une œuvre qui peut grâce à la rétroactivité de la condition, être réputée exister dès le jour où la succession s'est ouverte, par application de l'article 1179 (1) ; soit plutôt, que la période de fonction-

(1) Cet argument qui nous vient de nos vieux auteurs est d'ailleurs détestable et se trouve très généralement repoussé. La condition

nement pratique de l'œuvre sans personnalité reconnue, correspond assez exactement à la vie intra-utérine de l'enfant conçu, auquel la loi attribue des droits alors qu'il n'existe en fait qu'à l'état embryonnaire sans avoir encore une personnalité distincte de celle de la mère, et que, par suite, loin de prohiber le legs à l'œuvre future, l'article 906 ne fait que fournir un argument en faveur de sa validité. La fondation comme l'enfant, est obligée de passer par une période préparatoire antérieurement à sa naissance. La personne morale ressemblant de tous points à la personne réelle les mêmes règles de droit doivent logiquement s'appliquer à l'une et à l'autre.

Malgré les objections qu'on a pu diriger contre ce raisonnement (1), il jouit encore d'une grande faveur dans la doctrine et la jurisprudence administrative qui s'inspirent de l'ouvrage de M. Tissier et des articles de M. Marguerie (2) sur la matière et s'appuient sur l'exemple que paraît avoir donné le législateur lui-même à propos du legs fait à un hameau ou à un quar-

n'est qu'une modalité qui, adjointe à un acte juridique, peut bien en modifier les effets, mais non servir à dissimuler l'absence d'un de ses éléments constitutifs; l'acte doit pouvoir subsister sans elle si telle avait été l'intention des contractants. Or l'article 906 quand il exige la vie ou au moins la conception effective du légataire, en fait un des éléments essentiels de la validité du legs. Cf. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *op. cit.*, p. 99 et s.

(1) Voir GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *op. cit.*, p. 104 et s.

(2) TISSIER. *Dons et legs aux établissements publics*, n° 121; MARGUERIE, *Étude sur les libéralités faites aux établissements non reconnus*, *Revue critique*, 1878, p. 513 et s.

Cf. BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, *Donations*, t. I, n° 335 et s.; *Notes de Jurisprudence de la section de l'Intérieur*, par MM REYNAUD et LAGRANGE.

tier de commune non encore reconnu comme section possédant la personnalité civile, dans l'article 111, § 2, de la loi municipale du 5 avril 1884 modifié depuis, par la loi du 4 février 1901 sur la tutelle administrative en matière de dons et legs.

Cette solution une fois admise il n'y avait nulle bonne raison pour ne pas aller jusqu'au bout et pour refuser de l'étendre au cas où, à l'époque du décès, il n'existait encore aucune organisation de fait. La période d'épreuve n'est pour l'administration qu'un criterium de la viabilité et de l'utilité de la fondation, qu'elle a pris l'habitude d'exiger parce qu'elle a pensé avec raison, que l'expérience pratique et les constatations certaines qu'elle permet de faire, valent mieux que toutes les prévisions que l'on pourrait établir sur l'étude si consciencieuse soit-elle des statuts de l'œuvre et des circonstances dans lesquelles elle est destinée à vivre ; mais ce n'est pas là une condition essentielle exigée par la loi. La reconnaissance d'utilité publique peut intervenir sur une simple initiative requérant cette concession de l'Etat pour une œuvre à laquelle on affecte ou promet d'affecter des ressources suffisantes.

Sans doute tandis que beaucoup consentent à reconnaître comme légitime le raisonnement exposé plus haut, et qui se base sur l'application aux personnes morales de l'article 906, on repousse assez généralement son extension à notre cas en faisant remarquer qu'il n'y a plus ici d'assimilation possible à l'enfant conçu, qu'il y a inexistence totale de l'œuvre au moment de la mort du fondateur et qu'elle ne saurait prétendre se présenter à la succession comme un légataire capable.

On a bien dit pour justifier le système du Conseil

d'État qu'en cette matière on n'en était pas à une fiction près, « tout est factice dans la personnalité civile : et « l'autorité publique qui crée artificiellement l'existence juridique peut *a fortiori* fixer le point de départ « de cette existence, la date de la naissance de la personne morale (1) ». Mais n'est-ce pas accumuler bien inutilement les fictions ; la personnalité morale concession de l'État correspond à une réalité qu'elle anime. Il ne faut pas abuser de la fiction ; il faut éviter de la pousser trop loin et n'en faire usage que là où sa nécessité s'impose (2).

C'est pour cette raison que nous n'insisterons pas sur une réponse qu'on pourrait faire à ceux qui refusent ici de faire l'application de l'article 906 et qui consisterait à reprendre le raisonnement de tout à l'heure et à dire que la conception psychologique de l'œuvre dans le cerveau du fondateur et sa description dans son testament peut bien être assimilée à la conception physique, tandis que la période précédant la reconnaissance légale pendant laquelle la fondation fonc-

(1) H. LÉVY-ULLMANN et P. GRUNEBaum-BALLIN, *op. cit.*, p. 26.

(2) Cet argument n'est qu'une pétition de principes pour les partisans du système de la réalité de la personne morale création de volonté privée. Pour eux l'œuvre existant par le seul acte constitutif (le testament en l'espèce) serait valablement gratifiée sous la condition d'obtenir la consécration gouvernementale nécessaire à son libre exercice. Mais c'est là tomber dans la théorie allemande de la *Stiftung* (§§ 80, 81 et 84 B. G.) et sortir entièrement de la conception que se fait le droit français de la personne morale en général et de la fondation en particulier.

Il ne semble pas d'autre part qu'on puisse dans le système de la fiction tirer argument de l'article 1079 sans se heurter aux objections déjà exposées plus haut et qui n'ont ici que plus de force encore.

tionne en fait, correspond bien plus exactement à la vie intra-utérine de l'enfant conçu ; que le cas où la succession viendrait à s'ouvrir avant toute organisation, serait comparable à celui où elle s'ouvrirait 300 jours avant la naissance, alors que d'après les dispositions du code civil l'enfant qui viendrait à naître serait présumé avoir été conçu mais n'avoir pas encore vécu ; et que la loi ayant prévu un phénomène donné pour en faire découler des effets de droit, il doit entraîner dans tous les cas les mêmes conséquences, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les faits d'ordre psychique ou physiologique.

Nous préférons considérer simplement, que si la décision du conseil d'État est peut-être difficile à justifier en droit pur d'une façon satisfaisante, elle s'imposait en pratique d'une façon trop évidente pour qu'on hésite à l'approuver. Elle ne fait pas que se recommander par sa très grande simplicité ; la repousser serait tomber dans l'arbitraire et le hasard ; car comment qualifier autrement l'annulation d'une fondation que son auteur se préparait à organiser lorsque la mort est venue l'enlever quelques instants trop tôt, alors qu'il aurait suffi qu'elle existât en fait depuis deux jours pour lui permettre d'échapper à une nullité que tout le monde peut-être serait d'accord pour déplorer (1).

(1) D'après MM. LÉVY-ULLMANN et GRUNEBaum-BALLIN, le conseil d'État n'aurait encore eu l'occasion de valider le legs à l'œuvre future que dans un très petit nombre de cas. Ils en citent deux exemples. V. *op. cit.*, p. 28.

La validité du legs à l'œuvre future est reconnue en Italie : GIORGI, *Dottrina delle persone giuridiche o corpi morali* (Firenze, 1889-1897, 6 vol.), t. I, p. 142-143.

B. — Parallèlement à ces efforts de la jurisprudence du conseil d'État, les tribunaux civils se sont, on le sait, ingéniés de leur côté à sanctionner la validité de la fondation testamentaire sous la forme de création d'un établissement d'utilité publique. Certes il était impossible d'échapper aux critiques et de ne pas quelque peu forcer l'interprétation des principes du droit. Mais, là encore, si le reproche est facile, si l'imperfection est évidente, l'utilité du but poursuivi justifie pleinement les solutions adoptées, et on ne peut, semble-t-il, bien que l'opinion contraire ait ses défenseurs (1), qu'approuver ce nouveau progrès, fait cette fois sur le terrain du droit privé, mais tendant cependant encore à favoriser la fondation de droit public. Pour nous, nous pensons que malgré toutes les observations théoriques dont sont susceptibles des décisions qui ont sinon « bouleversé de fond en comble les principes de notre droit successoral et testamentaire (2) »,

(1) MM. LÉVY-ULLMANN et GRUNEBaum-BALLIN, désireraient voir ramener à la forme unique du legs avec charge au profit d'une personne morale administrative préexistante ou à créer, toutes les fondations testamentaires : « L'emploi du legs avec charge adressé à personne physique en vue de réaliser une fondation testamentaire, se heurte à quatre objections qui, à notre avis n'ont pas été valablement repoussées jusqu'aujourd'hui » (*op. cit.*, p. 14).

Il est vrai que ces auteurs critiquent en même temps dans le passage qui précède cette conclusion, le legs à personne physique à charge de créer un établissement public nouveau, et le procédé bien plus critiquable dans l'état actuel du droit, de la fondation privée réalisée par legs à personne physique à charge de recourir elle-même au même procédé pour assurer ainsi à l'œuvre une perpétuité indépendante de toute autorisation administrative.

(2) L'expression, qui nous paraît un peu forte, est de M. SALEILLES (*Bull. de la Soc. d'études leg.*, 1906, 6, p. 472).

du moins, ce n'est pas niable, donné quelques entorses à la loi, on ne saurait qu'applaudir à cette collaboration des jurisprudences civile et administrative qui travaillant côte à côte s'essayent avec succès à faire progresser dans un sens commun et sur un terrain où l'entente semble possible, le droit de la fondation en France.

Le procédé qu'il s'agissait de valider consistait à transmettre à un légataire, personne physique, le patrimoine destiné à la fondation, en le chargeant, suivant les cas, soit simplement d'obtenir la reconnaissance d'utilité publique pour une œuvre fonctionnant déjà pratiquement (1), soit à la fois de l'organiser en fait et de remplir les formalités administratives nécessaires pour lui permettre d'acquérir la personnalité civile, afin de pouvoir ensuite la gratifier des biens qui lui sont destinés (2).

(1) V. Cass., 8 avril 1874, D. 1876, 1, 225 ; S. 1874, 1, 258.

(2) V. Affaire de Biencourt (fondation d'une école libre à Azay-le-Rideau. — Cass. civ., 5 juillet 1886, D. 1886, 1, 465 ; S. 1890, 1, 241 ; Angers, 22 juin 1887. D. 1889, 2, 6 ; S. 1890, 1, 241 ; Cass. req. 6 novembre 1888. D. 1889, 1, 314. S. 1890, 1, 241). — Cass. req. rej., 27 juin 1899, sur Montpellier, 24 juillet 1898, S. et P. 1901, 1, 271. — Bordeaux, 13 mai 1895, D. 1895, 2, 438. — Affaire de l'Académie de Goncourt (Trib. civ., Seine, 5 août 1897 ; *Gaz. des trib.*, 7 août 1897 ; Paris, 1^{er} mars 1900 ; *Gaz. des trib.*, 16 mars 1900 ; *Gaz. du Palais*, 1900, 1, 608 ; *La loi*, 7 mars 1900). Cf. Cass. Roumanie, 2 mars 1892. D. 1893, II, 3, 4 en note ; S. 1892, II, 381. dans l'affaire Ottétéléchano.

La jurisprudence de l'ordre judiciaire n'hésite pas d'ailleurs plus que la jurisprudence administrative à suppléer, s'il est nécessaire, à l'absence de désignation d'un intermédiaire capable dans les cas où le testateur aurait omis de le faire lui-même d'une façon expresse, et à supposer qu'il a entendu adresser sa libéralité à l'autorité admi-

Les objections étaient plus nombreuses et plus sérieuses que celles qu'a du vaincre le conseil d'État. Mais là aussi, il était désirable de sauver de la nullité des œuvres d'une utilité incontestable que l'imperfection de la législation en cette matière, appuyée par le

nistrative compétente pour remplir ce rôle. V. par exemple, Douai, 10 juin 1884, D. 1885, 2, 456; S. 1886, 2, 172.

Mais si les tribunaux admettent aujourd'hui le monopole des bureaux de bienfaisance, pour recueillir les libéralités faites aux pauvres par tout intermédiaire, ils lui apportent un tempérament bien connu. Interprétant l'indication de cet intermédiaire comme une charge de la libéralité, et ne pouvant donner d'ordre à une autorité administrative, ils exigent du bureau demandant la délivrance du capital affecté, l'engagement de confier au mandataire choisi par le fondateur la distribution des revenus.

Signalons à ce propos, que la Cour de Paris a reconnu à un exécuteur testamentaire chargé de distribuer librement un legs aux pauvres, le droit de l'employer en fondations au profit d'œuvres de bienfaisance préexistantes sous la seule condition que la conservation du capital destinée à leur entretien serait assuré par l'emploi des fonds en rentes sur l'État, immatriculées au nom de l'assistance publique, gardienne des droits des pauvres, avec indication de la destination des arrérages (Paris, 26 novembre 1902, S. 1903, 2, 163. Voir sur cet arrêt la note de M. E.-H. PERREAU, *Revue Critique*, 1904. Examen doctrinal, § 2, p. 68).

La jurisprudence admet aujourd'hui la validité du legs à personne physique, à charge d'en faire un emploi charitable, sans désignation du but précis de l'établissement à créer ou des œuvres à gratifier (Cass. req., 7 janvier 1902. D. 1903, 1, 302; Nancy, 9 mars 1901, *Pand. fr.*, 1903. Voir sur cet arrêt la note de M. PERREAU, *loc. cit.*, § 2, p. 79).

On retrouve ici l'idée anglaise que la volonté charitable une fois exprimée doit être protégée de façon à pouvoir produire son effet. Le légataire choisira lui-même les bénéficiaires de la libéralité du défunt. Plusieurs législations étrangères annulent une telle combinaison (C. italien, art. 834). D'autres indiquent l'emploi à faire des sommes affectées sans plus de désignation à des « bonnes œuvres » ou à des « œuvres pies » (C. portugais, art. 1836).

rigorisme inutile de déductions tirées de textes qui n'en ont nullement prévu l'hypothèse aurait réduit à néant.

On peut remarquer d'ailleurs, qu'en fait, et comme conséquence de cette jurisprudence, il n'y a dans ses résultats aucune violation véritable de la loi. On a simplement tourné une difficulté qui provient, non de raisons sérieuses, mais d'un argument tirant toute sa force, moins de l'interprétation exacte de la volonté du législateur ou des principes administratifs, que d'un simple assemblage de mots résultat d'une logique trop rigoureuse (1).

Aussi nous pardonnera-t-on ne pas entrer dans la discussion détaillée des critiques adressées à cette jurisprudence. Au surplus ce n'est pas là notre rôle. Signalons seulement qu'à toutes celles qu'on a pu faire et qui étaient tirées de ce que le prétendu légataire, n'était qu'un légataire fictif sans émolument, qu'un exécuteur testamentaire, qu'un fideicommissaire ; de ce qu'on se heurtait à l'article 911 C. civ. qui prononce la nullité des libéralités faites au profit des incapables par personnes interposées, à l'article 896 C. civ. qui prohibe les substitutions, à l'article 906 C. civ. qui établit l'incapacité du bénéficiaire définitif, personne incertaine, la Cour de cassation a trouvé des réponses satisfaisantes, bien que peut-être un peu spéciales ; elle a néanmoins su les défendre contre toutes les attaques auxquelles elles pouvaient donner prise.

La difficulté se présente de face si l'on suppose que le légataire institué ne doit rien garder de la libéralité à

(1) Cf. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e éd., 1905, t. III, p. 814, n^o 3343 et s.

lui faite ; s'il n'est qu'un propriétaire interimaire devant transmettre à l'œuvre future l'intégralité de ce qu'il a recueilli.

C'est alors que les arrêts ont répondu à l'objection consistant à dire que le légataire universel désigné dans le testament, se trouvant légataire sans émoluments, cessait par cela même d'être un légataire véritable pour ne plus remplir le rôle que d'un exécuteur testamentaire, qu'il importe peu que la charge absorbe une partie plus ou moins grande du legs, pourvu que celui qui en est grevé conserve une vocation au moins éventuelle à la totalité de la succession (1).

A celle fondée sur ce que l'article 896 C. civ. s'oppose à la détermination par le testateur, des conditions dans lesquelles son successeur pourra disposer des biens à lui légués, qu'il n'y a pas là de substitution prohibée, que les éléments n'en sont point réunis ; qu'en effet le légataire n'est pas un fideicommissaire grevé de l'obligation de conserver les biens pour les remettre à un autre bénéficiaire gratifié en sous-ordre, étant simplement chargé de les transmettre presque aussitôt, sans en retirer aucun profit personnel, à l'œuvre qu'il doit organiser au nom du défunt ; que d'ailleurs on ne voit pas ici entre le grevé et l'appelé, l'ordre successif qui est avec l'existence d'une double libéralité et la charge de conserver et de rendre, la troisième des conditions nécessaires pour qu'il y ait substitution prohibée.

(1) La question ne se pose pas si le légataire est une personne morale administrative, car tandis qu'une fois son rôle d'intermédiaire terminé il ne reste rien entre les mains du légataire individu, l'établissement gratifié garde toujours un certain avantage du legs à lui fait, puisque la fondation qu'il a servi à doter remplit un service rentrant dans sa sphère administrative.

A celle reposant sur l'article 911 C. civ. qui annule le legs adressé à une personne interposée et ayant pour but de faire parvenir une libéralité à un incapable, que la personne choisie et désignée par le *de cujus* étant expressément instituée comme seul légataire et ayant reçu les biens en pleine propriété et non en dépôt, ne saurait être considérée comme une personne interposée ; qu'au surplus c'est là un point à apprécier dans chaque espèce suivant les intentions du testateur et à déduire à la fois, des termes de son testament et des circonstances de la cause.

A celle appuyée sur l'article 906 C. civ. qui déclare la conception au moins nécessaire pour être capable de recevoir par testament, qu'il rentre dans la compétence exclusive des juges du fait, d'apprécier s'il s'agit ici d'un legs adressé à un incapable comme constituant une personne incertaine au jour de l'ouverture de la succession, ou au contraire de l'imposition d'une simple charge pouvant être valablement apposée sans qu'il y ait lieu de traiter différemment les obligations de faire et de donner.

Malgré toutes les réfutations qui ont été faites de ces arguments (1), le legs à personne physique tendant à la création, comme établissement d'utilité publique indépendant, d'une fondation nouvelle, paraît appelé à rendre certains services sans offrir aucun inconvénient sérieux, ni porter atteinte à aucun principe du droit public que la jurisprudence civile ne fait ici que secon-

(1) Et qu'on trouvera exposées dans l'ouvrage de M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 119 et s ; et dans l'article de MM. LÉVY-ULLMANN et GRUNEBaum-BALLIN, p. 8 à 14.

der. C'est pourquoi ne nous contentons-nous pas de défendre ce mode de fonder, et souhaitons-nous que les tribunaux judiciaires, poussant leurs efforts aussi loin que la jurisprudence administrative, en arrivent eux-aussi à consacrer la validité du legs direct à l'œuvre future, non encore reconnue, mais décrite par le défunt dans son testament, qu'elle fonctionne ou non en fait avant son décès.

§ 3. — La fondation de droit privé.

Si la jurisprudence civile s'est refusée jusqu'ici à seconder sur ce point le Conseil d'État, elle a dans d'autres avec une hardiesse qui l'expose à bien des attaques, reconnu de véritables fondations privées malgré tout ce qui dans notre droit public actuel paraît s'opposer à leur existence.

Le fondateur ayant un moyen d'assurer à son œuvre sinon la perpétuité, au moins une existence illimitée bien qu'un peu fragile, en dehors de la personnalité morale, n'aurait plus besoin de solliciter pour elle la reconnaissance d'utilité publique, ce qui lui permettrait d'échapper ainsi au contrôle de l'administration.

C'est ainsi que la Cour de cassation, rejetant sur les conclusions conformes de M. le procureur général Baudoin le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Montpellier (1), a validé le testament par lequel un dé-

(1) Cass. civ., 12 mai 1902, affaire Molins contre Echernier et autres. Hospice de Finestret, testament Graule. *P. fr.* 1903, 1, 121; *D.* 1902, 1, 425; *S.* 1905, 1 437 et la note de M. LÉVY-ULLMANN. Le tribunal de Prades devant lequel le testament avait été attaqué en première instance avait au contraire prononcé sa nullité en se fondant sur les articles 906 et 911 C. civ.

funt chargeait trois personnes, qu'il instituait ses légataires universels, de constituer une société civile de longue durée, destinée, dans son esprit, à permettre le fonctionnement de l'œuvre qu'il désirait fonder et à poursuivre le but indiqué par lui, grâce au revenu de la totalité de ses biens qu'il leur laissait à cet effet. En cas de décès d'un des trois légataires les survivants devaient lui choisir un remplaçant afin d'assurer ainsi à la fondation une durée indéfinie (1).

Mais quoi qu'en ait pu dire dans les remarquables conclusions qu'il donna dans cette affaire M. le Procureur général Baudoin, s'il est vrai « que le legs est
« valable en lui-même, ayant sa base dans le droit de
« propriété que chacun de nous a sur ses biens et qui
« nous permet d'en disposer à notre gré de notre vivant
« et même après notre mort à la seule condition de respecter les règles de la réserve et de l'ordre public », il semble bien qu'ici précisément les règles de l'ordre public n'aient pas été respectées.

Certes il importe « d'encourager la bienfaisance et de laisser intacte la liberté de tester » mais c'est sous la condition que l'intérêt général n'en soit pas menacé. Certes le *de cujus* n'a fait en réalité « que charger ses successeurs de faire ce qu'il eut été en droit de faire lui-même de son vivant » ; mais n'est-ce pas là justement dans notre espèce une disposition exorbitante du droit commun, qui froisse à la fois les règles du droit privé et les principes du droit public ? Ne réclame-

(1) Voyez en faveur de la jurisprudence de la Cour de cassation la note de M. E. H. PERREAU, *Revue critique*, 1904. Examen doctrinal, § 4., p. 76.

t-elle pas, à ce double titre, une sanction administrative qui, grâce à la concession faite à l'œuvre de la capacité juridique, lui permettra d'échapper aux unes tout en se conformant aux autres ? L'article 2 de la loi du 1^{er} juillet 1901 ne déclare-t-elle pas en effet l'incapacité des associations non reconnues à recevoir à titre gratuit ? la société civile n'est-elle pas improprie, en raison même de son but qui doit être essentiellement lucratif, à servir de soutien à une fondation dont l'objet est entièrement idéal et désintéressé ? On peut même soutenir que l'article 896 du Code civil trouve ici son application et que l'on rencontre réunis tous les éléments constitutifs de la substitution prohibée y compris l'ordre successif qui tout à l'heure faisait défaut : le défunt ne dispose-t-il pas pour l'époque de la mort de ses légataires des biens qu'il leur transmet ? **ne fait-il pas** en ce qui les concerne leur propre testament ? (1). Et d'autre part n'y a-t-il pas là constitution occulte d'une main-morte prohibée par la loi, entravant la libre circulation des biens légués par le seul fait que les légataires quoiqu'autorisés « à disposer des valeurs héréditaires en toute propriété » sont tenus « de faire des revenus l'emploi déterminé par le testament » ?

Mais le plus grave reproche qu'on puisse adresser à l'emploi de ce procédé, c'est le but même auquel il vise et qui n'est pas autre chose que de tourner la surveillance de l'administration. Grâce à lui le fondateur trouve le moyen de dépouiller ses héritiers, d'assurer

(1) Il est vrai que les propriétaires successifs des biens ne sont pas appelés à en profiter personnellement et qu'il n'y a pas charge de rendre en nature, mais simple prière de transmettre en valeur.

la perpétuité de sa volonté qui s'impose indéfiniment à son œuvre, et de consacrer à un objet immuable son patrimoine immobilisé, en dehors de toute autorisation préalable de l'État, gardien des droits de la famille et protecteur de l'ordre public.

Nous sommes ici pour constater l'état actuel du droit français en matière de fondation directe, non pour l'apprécier ou le critiquer. Observons cependant que si la fondation de droit privé est destinée à s'implanter en France comme peut le faire croire le mouvement actuel en sa faveur (1), mieux vaudrait, plutôt que de la laisser se développer en fait, grâce à la jurisprudence, en dehors de tout contrôle et de toute idée directrice « sous une forme empirique et purement inorganique (2) » la reconnaître ouvertement par une loi la soumettant en même temps à une surveillance administrative qui pourrait être aussi efficace, quoique plus pratique, que la reconnaissance d'utilité publique. La fondation n'aurait plus alors de droit privé que le nom qu'on parait on ne sait trop pourquoi décidé à lui conserver ; mais il n'y aurait à faire aucun grave reproche à une telle solution (3). Le droit allemand auquel nous arrivons maintenant va nous en offrir un exemple.

(1) Voir les travaux de la 14^e commission de la société d'ét. lég. Bulletin 1906, 1907, 1908.

(2) SALEILLES. *Bull. de la soc. d'ét. lég.* 1906 n^o. 26.

(3) Tout cela n'est au fond qu'une pure question de mot. La reconnaissance d'utilité publique est-elle autre chose qu'une autorisation administrative. On arriverait exactement au même résultat en s'en tenant à la fondation de droit public du type actuel. Il suffirait d'accorder la reconnaissance d'utilité publique un peu plus largement et de voter un texte législatif de quelques lignes pour régu-

lariser toute l'extension jurisprudentielle faite dans les limites du droit public, permettre à un testateur d'imposer valablement la charge de fonder à un exécuteur testamentaire fut-il un individu physique, et admettre la rétroactivité, au jour de l'ouverture de la succession, de la reconnaissance administrative accordée à la fondation testamentaire (legs direct à l'œuvre future).

L'expression « autorisation administrative » aurait sur celle de « reconnaissance d'utilité publique » l'avantage de mieux manifester que l'Etat ne garantit nullement l'œuvre nouvelle qu'il ne fait que tolérer. L'expression actuelle est peut-être de nature à induire en erreur les personnes non averties et à leur faire croire à une recommandation et à un patronage, là où il n'y a qu'une surveillance et qu'une mesure de police.

CHAPITRE IV

DROITS ALLEMAND ET SUISSE

Le droit français, on vient de le voir, fait incontestablement de la fondation une institution de droit public. Le droit allemand, au contraire, développant et confirmant dans le code civil de 1900 (1) un système qui existait déjà plus ou moins parfaitement conçu dans presque tous les Etats de l'Empire, est volontiers représenté comme ayant adopté franchement le principe de la fondation privée, œuvre directe et purement individuelle de la volonté de son auteur.

Est-ce à dire que cette liberté reconnue du droit de fonder soit laissée sans contrôle, livrée à toutes les fantaisies et par suite condamnée à tous les abus ? Bien loin de là. En fait la surveillance est étroite, s'applique individuellement à chaque fondation nouvelle lors de sa naissance et continue à la suivre dans son fonctionnement, prête à intervenir chaque fois que cela sera nécessaire. Le régime qui leur est appliqué est bien plus rigoureux que celui auquel sont soumises les corporations à but idéal pour lesquelles l'autorisation gou-

(1) Le Code civil allemand promulgué le 18 août 1896 est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Voyez *Code civil allemand*, traduit et annoté par C. BUENOIR, J. CHALLAMEL, J. DRIoux, F. GÉNY, P. HAMEL, H. LÉVY-ULLMANN, R. SALEILLES, Paris, Imp. nat., 1904, t. I.

vernementale n'est pas exigée. Voilà qui nous paraît singulièrement mélanger de droit public, sinon absorber à peu près complètement le pur droit privé qui, prétend-on, régit la fondation allemande. Tel n'est pourtant pas l'usage d'envisager les choses et, tout en nous réservant d'exposer dans la suite nos idées à ce sujet, nous sommes contraints pour l'instant, étant en droit allemand, de tenir compte de l'opinion de la doctrine allemande (1) qui malgré les divergences d'opinions de détail qu'elle présente, est presque unanime à tirer de la réalité de la personne morale l'idée de la fondation privée. On se contente de dire qu'il n'y a pas forcément contradiction entre l'idée d'une création de la volonté individuelle et celle d'une autorisation et d'un contrôle administratif ; qu'il ne faut pas croire ou feindre de croire, que dans le système de la fondation privée l'intérêt de l'État soit forcément désarmé ; qu'enfin le droit allemand a su concilier d'une façon très satisfaisante la pleine initiative laissée aux particuliers et le pouvoir de police qui revient à l'État. Admettons pour l'instant, nous discuterons plus tard.

Nous allons examiner successivement les textes qui règlent en Allemagne et en Suisse le droit des fondations, non pas dans l'ordre même où ils se présentent dans les codes, mais en étudiant successivement le droit privé et

(1) Voir la bibliographie du sujet dans les ouvrages variés de M. SALEILLES sur le droit comparé des personnes morales et sur la personnalité civile en droit allemand particulièrement dans : *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand*, *Revue du droit public*, 1901, t. XV, p. 194 et s. et 428 et s., t. XVI, p. 212 et s.

Voir également MICHOUX, *La théorie de la personnalité morale*, p. 182 et s., notes, p. 185.

le droit public. Cet ordre aura le triple avantage : d'abord de bien distinguer les deux points de vue sous lesquels il faut, autant que possible, envisager d'une façon spéciale toute question se rapportant à notre sujet ; ensuite de mieux montrer les différences qui servent à opposer l'une à l'autre les deux théories française et allemande ; enfin de séparer au point de vue du droit international le terrain de conciliation du terrain réservé (1).

§ 1. — Droit privé.

A. — Tandis que notre code civil laissait de côté volontairement ou non, la fondation dont il évite même de prononcer le nom, condamnant ainsi à l'inexistence légale la fondation directe de droit privé, le code allemand, plus jeune et plus hardi, leur consacre une partie spéciale du titre 2 (qui traite des personnes juridiques) de la section première (des personnes) de son livre I (partie générale) et les réglemente soigneusement dans une suite de neuf articles (2).

(1) Ce n'est guère qu'en droit allemand qu'on puisse observer rigoureusement cette méthode malgré ses multiples avantages. Le droit français est trop intimement mêlé au droit public pour qu'on puisse l'en détacher sans risquer de fausser sa physionomie générale. Et quant à l'Angleterre on verra, que malgré tous les efforts que l'on peut faire dans l'exposé de sa législation pour y parvenir, il est impossible d'arriver à la séparation complète des éléments privés et publics.

(2) Articles 80 à 89, B. G.

Le nouveau Code civil suisse du 10 décembre 1907 directement inspiré du Code allemand, s'en sépare néanmoins quelque peu et va

Cette simple constatation de fait suffit, par elle seule, à prouver que le droit allemand n'hésite pas à reconnaître nettement l'existence de la fondation privée indépendante et douée de la capacité juridique, de la *Stiftung* pour l'appeler par son nom.

Pour qu'elle existe comme personne morale reconnue deux éléments distincts doivent se trouver réunis : le premier est une manifestation de volonté de la part du fondateur, le second l'intervention du pouvoir supérieur de contrôle de l'Etat ; l'un représente le droit privé, l'autre le droit public, les deux sont nécessaires et se complètent mutuellement. Mais ce qu'il faut bien comprendre, dit-on, si l'on veut se faire une idée précise de ce qu'on a l'habitude de regarder comme le caractère spécifique du système allemand c'est que ces deux conditions essentielles, toutes deux indispensables au point de vue pratique, sont loin d'avoir la même importance au point de vue théorique.

Le droit allemand part de ce principe, qu'un propriétaire doit pouvoir aussi librement disposer de ses biens en faveur d'une œuvre d'utilité collective qu'il le pourrait au profit d'individus déterminés. Et cela, même à plus forte raison, puisque l'intérêt général est alors appelé à en retirer tous les avantages. L'autorisation administrative n'est qu'une mesure de police sans effet sur la naissance de la fondation et dont la non intervention ou le refus ne fait qu'en suspendre le fonctionnement sans la faire disparaître en droit par annula-

même plus loin que lui. Il traite des fondations dans ses articles 80 à 90. Nous signalerons au fur et à mesure ses dispositions.

Ce Code entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1912. (Titre final, article 63.)

tion de l'acte de fondation. Celui-ci subsiste, sa validité ou son maintien n'étant pas subordonné à l'approbation de l'État ; il en résulterait que l'autorisation pourrait encore être accordée postérieurement sur nouvelle requête. Les deux actes sont indépendants l'un de l'autre et il n'y a pas entre eux de lien de subordination.

A elle seule la volonté autonome du fondateur manifestée dans les formes très simples exigées par la loi, suffirait à créer la fondation. La simple déclaration par laquelle il manifeste clairement sa volonté et l'incarne en quelque sorte dans un organisme permanent dont le but est d'atteindre sa réalisation, constituerait un acte de création souveraine. La *Stiftung* n'est pas l'œuvre de l'État, c'est celle de l'individu : elle se trouve réalisée en droit par un simple acte juridique privé fait par un particulier. Sans être adressée à un cocontractant quelconque, cette déclaration impersonnelle est revêtue d'effet : elle vaut par elle-même. La *Stiftung* n'est pas un contrat (1), c'est une simple déclaration unilatérale de volonté.

La force créatrice de la volonté privée paraît reconnue encore plus nettement par le droit suisse. L'article 81 n'exige en effet aucune intervention administrative. La simple observation dans l'acte constitutif

(1) Sauf, dans tous les cas, l'hypothèse dont il a déjà été dit quelques mots plus haut (distinction de la fondation directe et de la fondation indirecte) où la *Stiftung* est créée par contrat avec une personne morale préexistante qui se charge de l'organiser et de l'administrer comme une fondation indépendante d'elle-même et possédant une capacité juridique distincte. On retrouvera plus bas à propos du droit de révocation l'examen de la question.

des formes de l'acte authentique ou du testament, destinées à faire ressortir clairement la volonté de créer l'œuvre, sera suffisante sous la seule condition de l'inscription de l'acte de fondation et des noms des membres de la direction sur un registre public (1).

Dans tous les cas le code civil allemand spécifie que la volonté du fondateur sera observée et considérée comme le statut de la fondation. C'est ce qu'établit le § 85 B. G. (2) en y apportant cependant une réserve importante en ce qu'il n'est pas permis de déroger aux dispositions des lois d'Empire ou des différents États particuliers, que leur caractère impératif indique avoir été considérées par le législateur comme intéressant l'ordre public.

Le droit allemand fait donc, d'après la doctrine dominante, de la constitution d'une fondation un acte *sui generis* résultant directement de la volonté de son créateur. Celle-ci pourra d'ailleurs se trouver exprimée, soit dans un acte devant produire effet pendant la vie

(1) Art. 81, C. C. S. — « La fondation est constituée par acte authentique ou par testament.

L'inscription au registre du commerce s'opère à teneur de l'acte de fondation et, au besoin, suivant les instructions de l'autorité de surveillance ; elle indique les noms des membres de la direction ».

Les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille sont dispensées de cette formalité, art. 52, al. 2, C. C. S.

(2) § 85 B. G. — « La constitution de la fondation en tant qu'elle n'est pas régie par des dispositions provenant de lois d'Empire ou de lois d'État est fixée par l'acte même de fondation ».

Le Code civil suisse fait une réserve analogue en faveur de l'application du droit public de la confédération et des cantons sur les établissements qui lui sont soumis et sur ceux qui ont un caractère ecclésiastique (art. 59, al. 1, C. C. S.).

de son auteur (1), soit dans une disposition à cause de mort.

B. — Lorsque le fondateur voudra créer l'œuvre de son vivant il devra rédiger un acte écrit. C'est la seule formalité exigée par le § 81 al. 1 (2) ; l'acte sous seing privé suffira, car l'autorisation administrative lui fera acquérir l'authenticité ; il n'est donc nullement besoin de recourir aux formes moins simples et plus coûteuses d'un acte notarié ou judiciaire ; mais naturellement il y a lieu d'observer les règles de formes prescrites par le § 126 B. G. (3).

En Suisse l'acte authentique est exigé pour les fondations entre vifs (4) ; c'est avec le droit allemand une différence qui s'explique aisément, si l'on songe que l'autorisation administrative y est remplacée par une simple immatriculation n'offrant pas les mêmes garanties.

Aucun renseignement n'étant fourni par le § 81, B. G. sur les mentions exigées pour sa validité, il semble qu'on doive se contenter des éléments nécessaires pour individualiser la fondation, c'est-à-dire, de la désignation de son objet, de la réglementation de sa gestion et de son organisation interne, de la désignation du *Vorstand* organe chargé de l'administrer et aussi, sauf discussions purement théoriques (5), de l'affectation d'un

(1) L'expression « entre vifs » paraît admise (§ 81 B. G.) malgré le caractère unilatéral de l'acte.

(2) § 81, alinéa 1, B. G. — « L'acte de fondation entre vifs doit être dressé sous forme écrite. »

(3) Cf. SALEILLES, *Déclaration de volonté*, sur l'article 126.

(4) Art. 81, C. C. S.

(5) Voyez SALEILLES, *Les personnes juridiques dans le Code civil*

patrimoine suffisant pour assurer à l'œuvre un rôle utile.

On a vu que l'acte de fondation était généralement considéré comme étant une simple manifestation unilatérale de volonté. Mais à quel moment cette manifestation deviendra-t-elle obligatoire pour son auteur ? Quand perdra-t-il la faculté de modifier son intention première de se dessaisir des biens qu'il avait promis ? Sera-ce dès l'instant même de la signature de l'acte ou du moins du jour où il est devenu public ? Sera-ce du moment où il introduit la demande d'autorisation requise par le § 80, B. G. ? où seulement de celui où elle est accordée par l'autorité compétente ? Les trois solutions étaient possibles. C'est la dernière qui a été adoptée par le code dans le deuxième alinéa de l'article 81 qui prévoit la question de révocabilité (1).

allemand, note sous l'article 81, n° II, p. 401 et 402 (références données sur le tirage à part extrait de la *Revue du droit public*, 1901, t. XV, p. 494 et s., 428 et s. ; t. XVI, p. 212 et s.).

Dans le sens de l'affirmative : PLANCK, sur le § 81, n° 2 ; MEURER, *Die jurist. Personen*, § 24 et § 25, p. 248 et s.

Dans le sens de la négative : STINTZING, dans *Archiv für die civilist. Praxis* (1898), t. LXXXVIII, p. 44.

Cette controverse ne paraît pas de nature à pouvoir se soulever dans le droit suisse qui semble faire de l'affectation d'un capital à une destination spéciale et licite un des éléments essentiels de la fondation, art. 80 : « La fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécial. »

(1) § 81, al. 2, B. G. — « Jusqu'à ce que l'approbation soit intervenue le fondateur a le droit de révocation. Lorsque l'autorité compétente a été saisie d'une demande à fin d'approbation, c'est à elle que doit être faite la déclaration de révocation. Les héritiers du fondateur n'ont plus le droit de révoquer, dès que celui-ci a saisi l'autorité compétente de sa demande, ou qu'ayant passé l'acte de fondation

L'acte de fondation suffit bien par lui seul à donner à l'œuvre une personnalité morale virtuelle ; mais il ne suffit pas à la douer d'une capacité juridique efficiente. Aussi a-t-il été décidé par le § 81 al. 2, B. G. que jusqu'à ce que l'autorisation administrative soit intervenue le fondateur pourrait revenir sur sa détermination et annuler ainsi sa propre volonté. Ceci ne lèse aucun intérêt socialement respectable puisqu'il n'y a encore aucun droit acquis. C'est seulement l'approbation de l'autorité compétente qui crée l'irrévocabilité (1).

sous forme judiciaire ou notariée, il a chargé, soit dans l'acte lui-même, soit après, le tribunal ou le notaire de présenter la demande ».

(1) On tient néanmoins beaucoup à faire remarquer que dès avant que l'approbation administrative n'intervienne il existait déjà, au moins en puissance, comme résultante de l'acte de fondation et de la promesse unilatérale qu'elle constitue, un engagement abstrait, indépendant, à la fois et de sa cause et de toute acceptation externe. Mais cette obligation n'est ni parfaite ni exigible. Elle n'existe que sous la condition que l'autorisation administrative soit accordée en temps utile c'est à-dire avant toute révocation.

Toutefois il n'y aurait pas lieu d'appliquer ici la théorie de l'offre et de l'irrévocabilité de la déclaration de volonté telle qu'elle résulte du § 130 B. G., car la volonté du fondateur produira un effet définitif une fois approuvée sans qu'aucune autre volonté ne vienne adhérer à la sienne sous forme contractuelle. L'offre peut bien être considérée comme une déclaration de volonté unilatérale obligatoire par elle-même ; mais elle n'oblige alors son auteur qu'à la maintenir jusqu'à l'expiration du délai fixé par lui. Hors ce cas l'offre n'a de valeur que si elle rencontre une volonté extérieure consentant à l'accepter et à conclure ainsi un contrat avec celui qui l'a faite. Au contraire l'acte de fondation n'est pas une offre et la fondation n'est pas un contrat. C'est un engagement unilatéral de faire et de donner que l'approbation administrative rend irrévocable et exigible par réalisation d'une condition suspensive.

En cas de décès du fondateur survenu avant qu'il ait obtenu l'autorisation, mais après qu'il ait manifesté nettement une volonté ferme et arrêtée de persévérer dans son acte, en en faisant la demande ou en chargeant le tribunal ou le notaire devant lequel l'acte aurait été passé de la demander en son nom, le droit de révocation est dénié aux héritiers qui, peu respectueux des désirs des défunts, seraient, a pensé la loi, trop enclins à détruire la fondation pour profiter de ses dépouilles. Le seul fait d'agir comme a fait le fondateur manifeste suffisamment l'irrévocabilité de sa volonté (1).

Le § 82, B. G. ne fait que tirer les conséquences des dispositions du deuxième alinéa du § 81 (2).

Lorsque l'autorisation administrative aura été accordée, le disposant, n'ayant plus le droit de revenir sur son acte, se trouvera obligé de constituer à la fondation la dotation qu'il lui avait promis. Ou plutôt, l'obligation née de la simple déclaration ou promesse unilatérale de fonder qui existait déjà à la charge de son auteur dès le moment où, par suite de l'acte de constitution et de l'affectation qui s'y trouve impliquée, l'œuvre s'est trouvée exister juridiquement comme personne morale, mais sous la double condition d'obtenir l'autorisation et de ne pas user de son droit de révocation avant que

(1) Ceci en adoptant l'opinion de Planck.

(2) § 82 B. G. : « Une fois l'approbation obtenue, le fondateur se trouve obligé de réaliser au profit de la fondation la transmission du patrimoine qui lui était assuré par l'acte de fondation. En tant qu'il s'agit de droits qui se transmettent par un simple contrat de cession, ils se trouvent acquis à la fondation par le seul fait de l'approbation obtenue, à moins que l'acte de fondation ne révèle de la part du fondateur la volonté qu'il en soit autrement. »

celle-ci intervienne, deviendrait par la réalisation de ces deux conditions irrévocable et exigible, sans par conséquent que le fondateur puisse dorénavant se refuser à transmettre les droits que comprend le patrimoine d'affectation promis par lui. Bien plus, le § 82, B. G. déclare que tous ceux qui sont susceptibles de se transmettre par simple convention sans qu'aucune formalité ou publicité destinée à garantir la sécurité des tiers ne soit requise, passeront immédiatement sous la puissance de la *Stiftung* par le fait même de l'autorisation. Toutefois il en serait différemment si le fondateur avait manifesté une intention contraire par une clause expresse insérée par lui dans l'acte de fondation.

C. — Mais en Allemagne, comme en France, et pour les mêmes raisons, la fondation réalisée par acte entre vifs n'est pas la plus fréquente ; elle se présente beaucoup plus souvent sous la forme, soit d'un legs, soit d'une institution d'héritier. C'est là l'hypothèse que le § 83 et 84, B. G. sont venus régler.

Par le § 83 (1), la loi elle-même, ceci est remarquable sanctionne d'une façon expresse la validité de la fondation testamentaire et rejette comme insuffisante l'objection consistant à prétendre que la disposition comprise dans un acte à cause de mort au profit d'une œuvre future, doit être nulle comme étant faite en faveur d'une personne inexistante au jour du décès, la fondation n'ayant pas encore été à ce jour approuvée par

(1) § 83 B. G. : « Lorsque l'acte constitutif de la fondation consiste dans une disposition à cause de mort, le tribunal de la succession doit requérir l'approbation, lorsqu'elle n'a pas été demandée par l'héritier ou par l'exécuteur testamentaire ».

l'administration. Cette autorisation ne sera nécessairement obtenue dans l'hypothèse du § 83 qu'à une époque postérieure à la mort du testateur (1). C'est alors qu'intervient le § 84 (2) pour déclarer qu'elle rétroagira avant le jour du décès, ce qui repousse explicitement l'assimilation de la fondation non encore existante en fait, à un enfant non encore conçu (3).

(1) Il pourra en être de même au cas de fondation par acte entre vifs si le fondateur décède après avoir rédigé l'acte constitutif, mais avant que l'autorisation administrative soit intervenue.

Sur les difficultés que présente la conciliation du § 84 avec le droit de révocation qui appartient aux héritiers dans le cas où il n'y a même pas eu demande d'autorisation. Voir SALEILLES, *Pers. jurid.* dans le C. C. A., note sous le § 84, n° 11, p. 116, 117.

(2) § 84 B. G. — « Lorsque l'approbation n'intervient qu'après la mort du fondateur, la fondation sera censée, par rapport aux dispositions faites par le fondateur, avoir existé dès avant le décès. »

(3) § 2101 B. G. — Cette assimilation n'aurait d'ailleurs pas pour effet comme en droit français, d'entraîner la nullité de l'institution ou du legs. Le droit allemand ne connaissant pas la prohibition de la substitution, la seule conséquence serait, en cas d'institution d'héritier de faire de la fondation un simple héritier en sous ordre, héritier substitué, ce qui lui ferait courir le risque de l'insolvabilité possible des héritiers institués en première ligne, chargés de lui transmettre les biens qui auraient passé dans leur propre patrimoine (§ 2101) ; en cas de legs, de placer le moment de la dévolution, non au jour du décès, mais seulement, par assimilation à ce qui se passerait si une condition suspensive était insérée dans la disposition à cause de mort, à l'époque, où l'autorisation administrative serait accordée (§§ 2178, 2179, B. G.).

Nous avons vu que notre jurisprudence elle aussi, passant outre aux objections soulevées, reconnaissait aujourd'hui la validité du legs direct à l'œuvre et de celui à personne physique à charge de fonder.

On peut observer que dans la doctrine allemande, et en considération de l'économie générale du système de la *Stiftung*, le testateur profitant de la disposition du § 83, B. G. est considéré comme créant lui-même directement la fondation à l'état de personne distincte, le legs ou l'institution d'héritier, érigeant pour le cas de son

La volonté du défunt se trouve protégée contre les héritiers de deux façons différentes. D'abord en ce qu'ils ne peuvent plus revenir sur un acte devenu irrévocable par le décès de son auteur ; ensuite et comme conséquence nécessaire de ce fait que le droit de révocation ne passe jamais entre leurs mains, en ce que, s'ils se refusent à solliciter de l'autorité compétente l'approbation exigée par le § 80 comme c'est leur devoir de le faire, le tribunal de la succession en vertu du § 83, B. G. pourra et devra la demander en leur lieu et place.

D. — Après avoir ainsi déterminé les règles de la constitution des fondations, le code civil allemand abordant les questions relatives à leur fonctionnement, leur applique par analogie, certaines dispositions admises par lui, pour la gestion et l'administration des associations (1).

décès, une partie ou la totalité de ses biens en un patrimoine d'affectation en vue d'un but déterminé, se trouvant en être l'élément constitutif. Ce qui ne supposerait pas, comme en droit français une analyse de la fondation testamentaire la décomposant en deux actes distincts et séparés au moins par un intervalle de raison : la création de la fondation personne morale. par la reconnaissance administrative, et sa dotation par l'attribution du legs ou de l'hérédité.

(1) § 86, B. G. — « Les dispositions du § 26, du § 27, al. 3, des § 28 à 31 et 42 trouveront application correspondante en matière de fondations. Toutefois il n'en est ainsi des dispositions du § 27, al. 3, et du § 28, al. 1, que si, de l'organisation constitutionnelle de la fondation, et entre autre de ce fait que l'administration de cette dernière eût été confiée à une autorité publique, il ne résulte pas qu'il doive en être autrement. Les dispositions du § 28, al. 2 et du § 29 ne s'appliquent pas aux fondations dont l'administration est confiée à une autorité publique. »

Le Code civil allemand nous donne ici un exemple frappant de ce parallélisme qui, comme M. SALEILLES l'a bien souvent signalé,

On peut les diviser en trois classes comprenant :

La première, celles (§ 26, B. G. Obligation d'avoir une direction, étendue de ses pouvoirs. — § 27, alinéa 3. Application des § 664 à 670. — § 28 alinéa 1, simple exigence de la majorité et non de l'unanimité en cas de décision à prendre par la direction) qui sont de nature dispositive et interprétative et auxquelles il sera dérogé si le fondateur en a disposé autrement, si on se trouve en face de lois d'États différentes (1), ou si, dans le cas de fondation confiée à une autorité publique, elles heurtaient les principes du droit administratif.

La deuxième au contraire, celles (§ 31, responsabilité de la fondation pour les délits et quasi-délits de ses gérants. — § 42. Dissolution de la fondation en cas de faillite) qui affectant le caractère de lois d'Empire s'appliquent partout avec la même force nonobstant toute volonté contraire du fondateur et toutes dispositions divergentes des lois d'États.

La troisième enfin, celles (§ 28, alinéa 2, représentation de la fondation par un seul membre de la Direction pour recevoir une déclaration ou communication quelconque ; — § 29, remplacement d'office des membres de la Direction qui viennent à manquer) qui, vis-à-vis des fondation dirigées par une administration publique, se trouvent impérativement et totalement exclues et remplacées par l'application pure et simple des règles du droit administratif concernant la matière.

E. — Si la fondation prend fin pour une raison quelconque existe presque toujours dans une même législation entre le droit des fondations et celui des associations.

(1) Application du § 85, B. G.

conque, les biens composant son patrimoine seront dévolus à des personnes physiques ou morales, à une autre fondation poursuivant un but identique ou analogue par exemple, suivant les indications contenues dans l'acte constitutif de fondation (1), tel qu'il résulte de la combinaison, opérée dans les termes du § 85 B. G., de l'acte même rédigé par le fondateur et des lois d'Empire ou des lois d'États dont toutes les dispositions impératives seront appliquées ici encore.

Le code suisse reste muet dans ses articles 88 et 89 sur la dévolution des biens de la fondation dissoute. Sans doute faut-il appliquer ici par analogie la solution donnée par l'article 83 pour ceux d'une fondation nouvelle inorganisable et remettre les biens à une autre œuvre poursuivant un but analogue à celui de la fondation supprimée, à moins que le fondateur n'ait exprimé une volonté contraire. Ce sera d'ailleurs observer rigoureusement les règles posées par l'article 57 C. C. S. sur la destination à donner aux biens des personnes morales au cas où elles viendraient à disparaître (2).

Il semble bien toutefois qu'on puisse déduire du

(1) § 87, al. 2, B. G.

(2) Art. 57, C. C. S. — « Saut disposition contraire de la loi, des statuts, des actes de fondation ou des organes compétents, la fortune des personnes morales dissoute est dévolue à la corporation publique (confédération, canton, commune) dont elles relevaient par leur but.

La destination primitive des biens sera maintenue dans la mesure du possible.

La dévolution au profit d'une corporation publique aura lieu, nonobstant toute autre disposition, si la personne morale est dissoute judiciairement parce que son but était illicite ou contraire aux mœurs. »

dernier alinéa de cet article qu'il n'y aura pas lieu de tenir compte des désirs émis par le fondateur prévoyant la suppression possible de sa fondation, si elle était judiciairement dissoute dans les termes de l'alinéa 2 de l'article 88, à cause du caractère illicite ou contraire aux mœurs du but qu'elle poursuit.

§. 2. — Droit public.

Les droits allemands et suisse, on le voit, se montrent très libéraux dans toute cette matière, à ce point qu'on a pu dire qu'ils reconnaissent aux simples particuliers le droit d'ériger par leur propre volonté, en personnes morales privées l'œuvre qu'ils désirent leur survivre. Mais ce qui fait leur mérite, c'est que lancés dans cette voie ils ont su néanmoins ne pas tomber dans l'écueil qui les guettait ; ils ont vu la légitimité de l'intervention de l'État dans une institution dont les deux caractères principaux sont de tendre vers la perpétuité et de viser l'intérêt collectif dont il est le gardien naturel. Ils ont réservé d'une façon efficace la surveillance et le contrôle de l'autorité publique ; ils les ont organisés, non seulement pour l'instant de la constitution de la fondation, mais encore pour toute la durée de son fonctionnement.

A. — Les § 80 et 87, B. G. pour le droit allemand, les articles 83 à 89 C. C. S., pour le droit suisse, soumettent les fondations à l'intervention administrative et fixent les limites de celle-ci.

En Allemagne le § 80 (1) pose en principe la nécessité de l'autorisation administrative, pour que la *Stiftung* soit officiellement reconnue comme possédant la capacité juridique ; ce qui n'empêche pas, on l'a vu, la doctrine d'admettre qu'elle existait déjà au moins conditionnellement comme personne morale privée, en vertu de la simple manifestation de volonté de la part du fondateur.

La formalité du § 80, B. G. n'est d'ailleurs pas une innovation du nouveau code civil. Dès avant lui elle était requise pour les fondations dans presque tous les États de l'Empire en vertu soit de textes formels (2), soit d'une pratique constante (3). Ce n'est donc là qu'une unification de systèmes déjà suivis et de formalités déjà prescrites.

Cette homologation gouvernementale permettra d'écarter les fondations inutiles ou dangereuses par un refus opposé à la demande chaque fois que le but ne paraîtra pas de nature à justifier l'affectation permanente d'un patrimoine à sa poursuite (4). Et ce point est

(1) § 80, B. G. : « Pour l'établissement d'une fondation ayant la capacité juridique, il faut, en dehors de l'acte de fondation, l'approbation de celui des États d'Empire dans le territoire duquel la fondation doit avoir son siège. Si elle ne doit avoir son siège dans aucun des États de l'Empire, l'approbation doit émaner du Bundesrath. On doit considérer comme siège de la fondation, à moins qu'il en ait été décidé autrement, le lieu où elle est administrée. »

(2) Loi prussienne, 23 février 1870, art. 1 ; ordonnances bavaoises, 23 mars 1817, art. 44 et 17 décembre 1825, art. 71 ; code civil saxon, art. 52 et loi du 15 juin 1868, art. 6 ; loi badoise, 5 mai 1870, art. 1, 399 ; loi alsacienne, 5 mai 1873, art. 10, etc.

(3) Wurtemberg, Hesse, Oldenbourg, Mecklembourg, Brunswick, Anhalt, Saxe-Cobourg et Gotha, etc.

(4) Le Reichstag a pensé qu'il était nécessaire de soumettre les

laissé à l'appréciation de l'autorité administrative compétente, c'est-à-dire de celui des États allemands où la fondation devra avoir son siège et sinon du Conseil fédéral.

Le projet du code civil hongrois a imité l'exemple venu d'Allemagne et adopté le principe de l'autorisation préventive (1). Au contraire elle n'est pas requise en Autriche (2), ni en Suisse, où l'article 81 du code civil se contente d'une simple mesure de publicité qui peut être rapprochée du système adopté par le § 21 B. G., vis-à-vis des associations ne présentant pas un caractère économique (les autres, d'après le § 22, B. G. ne peuvent acquérir la capacité juridique que par une concession émanant de l'État sur le territoire duquel se trouve fixé le siège de l'association). Pour remédier à l'insuffisance des garanties ainsi assurées, l'article 83 (3) vient char-

fondations, à un régime plus strict que celui appliqué aux associations n'ayant pas un caractère économique, par le § 21 (simple enregistrement au tribunal du baillage). D'autre part il n'a pas voulu ni cru pouvoir établir ici des distinctions semblables à celles des § 21, 22 et 61, B. G.

(1) § 67. — Voir la traduction allemande : *Entwurf eines ungarischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches* §§ 66 et suivants.

(2) UNGER, *Österr Privatrecht*, § 44, 10.

(3) Art. 83, C. C. S. — « L'acte de fondation indique les organes de celle-ci et le mode d'administration.

A défaut d'indications suffisantes, l'autorité de surveillance prend les mesures nécessaires.

Lorsque la fondation ne peut être organisée conformément à son but, les biens sont remis par l'autorité de surveillance, si le fondateur ou une clause expresse de l'acte ne s'y oppose, à une autre fondation dont le but est aussi pareil que possible à celui qui avait été prévu. »

Cette disposition paraît inspirée de l'idée que la volonté charitable une fois exprimée doit produire effet, idée qu'on retrouve dans la *Cy-près doctrine* anglaise.

ger l'autorité de surveillance de prendre, lorsqu'une nouvelle fondation vient à être faite, toutes les mesures nécessaires pour pourvoir à ce que les biens soient employés conformément à la destination qu'a voulu leur donner le fondateur, et à suppléer au besoin à l'insuffisance de l'acte constitutif.

B. — A côté du devoir qui lui incombe d'assurer le respect et l'exécution des volontés du fondateur, le code civil allemand dans son § 87 (1) reconnaît à l'autorité compétente, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, aux États sur le territoire desquels se trouve le siège de la fondation, le droit d'intervenir chaque fois que la nécessité s'en fera sentir pour transformer ou supprimer la fondation et remplir de concert avec le conseil de direction, et au besoin malgré lui, le rôle qui revient, dans les associations, à l'assemblée générale. D'ailleurs le § 87, B. G. spécifie que dans tous les cas la Direction sera entendue afin de pouvoir présenter telles observations qu'elle jugerait utile, et que dans le cas de modi-

(1) § 87, B. G. — « Lorsqu'il est devenu impossible de réaliser le but assigné à la fondation ou que cette dernière se trouve compromettre l'intérêt public, il appartient à l'autorité compétente de transformer le but de la fondation ou de supprimer la fondation elle-même.

Au cas de transformation on doit se rapprocher autant que possible des intentions du fondateur et faire en sorte, en particulier, que les revenus du fonds patrimonial restent attribués autant que possible à la catégorie de personnes auxquelles, d'après l'intention du fondateur ils devaient profiter. Il est permis à l'administration de modifier le statut organique de la fondation dans la mesure où l'exige la transformation du but assigné à cette dernière.

Avant toute transformation du but ou modification du statut la direction de la fondation doit être entendue ».

fications apportées au but de la fondation on devra se guider sur l'intention présumée du fondateur « de telle sorte que c'est encore sa volonté qui reste dominante » et souverainement directrice ; seulement au lieu d'une volonté rigide et inerte, comme dans la conception classique, il s'agit d'une volonté souple et progressive qui a pour la représenter des organes destinés à faire dans l'avenir ce que le fondateur aurait fait lui-même s'il eut survécu (1) ».

Peut-être cette disposition excellente en soi, peut-elle laisser place à quelque arbitraire et est-il regrettable que le code au lieu de s'en remettre purement et simplement pour les questions de procédure et les voies de recours à la législation particulière des États, qui pourra se trouver insuffisante, n'ait pas fixé, au moins comme droit supplétif, certaines garanties protégeant les fondations contre les décisions injustifiées des administrations régionales.

Le nouveau code civil suisse règle plus minutieusement encore les pouvoirs de l'autorité de surveillance pour le contrôle de la régulière gestion des biens (2), les modifications à apporter à l'organisation de l'œuvre (3),

(1) SALEILLES, *Bulletin de Soc. d'Et. leg.*, 1906, n° 6, p. 484. Rapport préliminaire à la Commission des fondations.

(2) Art. 84, C. C. S. — « Les fondations sont placées sous la surveillance de la corporation publique (confédération, canton, commune) dont elles relèvent par leur but.

L'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination. »

(3) Art. 85, C. C. S. — « L'autorité cantonale compétente ou, si la fondation relève de la Confédération, le Conseil fédéral, peut, sur la proposition de l'autorité de surveillance et après avoir entendu le pouvoir supérieur de la fondation, modifier l'organisation de celle-

ou à ses statuts (1). La décision sera prise par l'autorité de surveillance supérieure sur la proposition de l'autorité de surveillance immédiate. Le code insiste tout particulièrement sur l'idée du respect dû à la volonté du fondateur. Elle doit toujours être observée ; c'est toujours par interprétation de celle-ci que l'on pourra agir, et seulement dans la mesure où les circonstances rendraient une telle intervention absolument indispensable pour la conservation des biens ou la réalisation de l'œuvre.

L'article 87 C. C. S. (2) vient dispenser du contrôle de l'autorité de surveillance les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques, c'est-à-dire celles que le législateur a supposé poursuivre un but purement égoïste ou un intérêt strictement privé. Cette disposition paraît aussi étrange que critiquable à plusieurs points de vue. D'abord, et nous aurons occasion de revenir sur cette idée, il est bien difficile de concevoir qu'une fondation,

ci, lorsque cette mesure est absolument nécessaire pour conserver les biens ou pour maintenir le but du fondateur. »

(1) Art. 86, C. C. S. — « L'autorité cantonale compétente, ou, si la fondation relève de la Confédération, le Conseil fédéral peut, sur la proposition de l'autorité de surveillance et après avoir entendu le pouvoir supérieur de la fondation, modifier le but de celle-ci, lorsque le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que la fondation a manifestement cessé de répondre aux intentions du fondateur.

Peuvent être supprimées ou modifiées de la même manière et dans les mêmes circonstances, les charges et conditions qui compromettent le but du fondateur. »

(2) Art. 87, C. C. S. — « Sous réserve du droit public, les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques ne sont pas soumises au contrôle de l'autorité de surveillance.

Les contestations de droit privé sont tranchées par le juge ».

au moins si elle est faite en faveur de vivants, ne vienne pas, en vertu de sa perpétuité même, à viser un but d'intérêt général. Ensuite, pour les fondations faites en faveur d'un mort, fondations qui seules peuvent être regardées comme entièrement privées, on ne comprend guère comment l'État puisse s'en désintéresser, car d'une part, elles constituent la main-morte la plus dangereuse, et d'autre part la volonté du fondateur risque fort de ne pas être observée si personne n'en surveille l'exécution, les morts pouvant moins que tous autres réclamer leurs droits. Enfin, et cette remarque n'atténue l'objection précédente que pour en soulever une plus grave, il semble que l'article tout entier est contredit par la proposition « sous réserve des règles du droit public » qui en forme le début ; y a-t-il en effet de plus véritables règles de droit public que celles qui établissent le contrôle de l'administration sur les fondations ?

Les articles 88 et 89 c. c. suisse, examinent la dissolution des fondations. Elle pourra être provoquée par l'autorité de surveillance et par tout intéressé (1) ; elle sera prononcée par jugement si le but devient illicite ou contraire aux mœurs ; s'il devient irréalisable la fondation est réputée dissoute de plein droit (2).

(1) Art. 89, C. C. S. — « La dissolution peut être provoquée par l'autorité de surveillance et par tout intéressé.

Elle est déclarée au proposé chargé de radier. »

(2) Art. 88, C. C. S. — « La fondation est dissoute de plein droit lorsque son but a cessé d'être réalisable.

La dissolution a lieu par jugement lorsque le but de la fondation est devenu illicite ou contraire aux mœurs. »

Le gouvernement n'a pas à prononcer à la dissolution il se contente de la constater et de le déclarer.

Les droits allemand et suisse ont su, tout en laissant dans la forme pleine liberté à l'initiative individuelle, prendre les mesures nécessaires pour supprimer les inconvénients économiques de toute espèce que peut faire naître l'immobilisation perpétuelle entre les mêmes mains d'un patrimoine improductif. Mais ce qui les distingue tout particulièrement, c'est qu'ils ont eu la précaution de fixer explicitement le respect dû à la volonté du fondateur comme la légitimité du contrôle de l'État ; c'est qu'ils ont déterminé le rôle qui revient à chacune de ces deux forces, et indiquées comment, en les limitant réciproquement l'une par l'autre on peut en tirer à la place d'un antagonisme désastreux, un concours harmonieux qui seul pourra diriger l'œuvre dans la voie du progrès.

CHAPITRE V

DROIT ANGLAIS

Le régime des fondations ne se présente pas en Angleterre (1), sous l'aspect qui nous est familier d'une théorie générale, adoptée par le législateur et complétée par les recherches de la doctrine. On ne doit y voir que le terme ou plutôt la phase d'évolution actuelle d'une longue tradition historique. Il faut en rechercher les traces, comme d'ailleurs de presque toutes les autres institutions juridiques anglaises, dans les quelques *Acts*

(1) Les États-Unis dont la législation s'est inspirée de celle de l'Angleterre possèdent à peu près la même réglementation des fondations. C'est ainsi que le statut d'Elizabeth est considéré par la jurisprudence américaine comme faisant partie de la *Common law*. Toutefois certains États tels que la Pensylvanie se refusent à reconnaître son autorité.

Les fondations en Angleterre ont été, tout récemment, l'objet d'une étude très complète et très documentée de M. J. ESCARRA (thèse, Paris, 1907). Quoique nous nous séparions nettement de ses conclusions sur plusieurs points, et notamment à propos du rôle de la personnalité morale dans la *Charity*, nous en avons tiré de précieux renseignements. On lira avec grand intérêt cet ouvrage auquel on ne peut reprocher, s'il est permis de faire une critique de l'excès d'une qualité, que de donner du droit anglais une idée d'ordre et de méthode qu'il ne présente pas dans la pratique. Au reste ceci était nécessaire pour faciliter l'exposition et la compréhension d'une théorie aussi originale que celle-là.

promulgués par les rois, et surtout dans la synthèse des arrêts rendus par les Cours sur la matière.

La fondation est volontiers représentée en droit anglais, comme indépendante de la théorie de la personnalité morale que l'on est habitué à considérer sur le continent comme en étant inséparable, et comme offrant le type le plus parfait de création individuelle débarrassée de toute immixtion administrative et reposant uniquement sur le droit privé qui fournit à lui seul tous les procédés qui servent à la constituer, tandis que le droit public s'efface discrètement devant lui tout en ne négligeant pas cependant les droits qui lui reviennent et les devoirs qui lui incombent.

La fondation anglaise, la *Charity*, peut être définie : un *trust* de bienfaisance constitué en vue d'un intérêt général au profit de bénéficiaires indéterminés. Si bien que pour parvenir à se rendre un compte exact du système qui est en vigueur dans les pays anglo-saxons il importe de bien s'assimiler les deux conceptions juridiques principales sur lesquelles il s'appuie : le *trust* qui lui prête sa forme ; la *Charity* qui délimite son champ d'action.

Ce n'est certes pas là toute la fondation anglaise ; il faut encore en saisir le fonctionnement. Mais la classification fournie par la notion de la *Charity* et le procédé pratique du *trust* sont les deux pierres angulaires qui soutiennent toute cette construction juridique. Étrange au premier abord et en contradiction manifeste avec toutes les idées abstraites que nous croyons nécessaire d'y introduire, elle s'éclaire et se précise peu à peu jusqu'à paraître une conception d'une simplicité si élémentaire qu'on en arrive à se demander comment on a

pu rendre si compliqué ce qui peut se concevoir et s'expliquer d'une façon aussi facile.

Toute fondation est un *trust* ; et ce *trust* n'est valable comme fondation que s'il est *charitable* ; et il n'est *charitable* que s'il rentre dans un cadre prévu à l'avance et construit de longue date par le concours de la loi et de la jurisprudence : celui de la *Charity*.

Nous allons donc exposer successivement en quelques mots ce qu'est le procédé du *trust*, ce que sont les catégories légales de la *Charity*. Nous examinerons ensuite le fonctionnement de cette dernière, et la façon dont s'exerce sur elle le contrôle supérieur de l'Etat.

§ 1. — Le procédé du *trust*.

Le *trust* (1) qui, en Angleterre, fournit à la fondation le procédé qui lui permet de naître et d'exister, n'est pas réduit à ce rôle qui serait forcément assez limité. Cette institution juridique dont nous n'avons en France aucun équivalent est d'une amplitude bien plus considérable ; on en retrouve les applications dans plusieurs autres matières absolument distinctes de celle qui nous occupe (2).

C'est là un procédé de pur droit privé et son emploi

(1) Il faut naturellement bien se mettre en garde contre l'erreur grossière qui consisterait à prendre ici le mot *trust* dans son acception économique plus connue, presque adoptée aujourd'hui dans notre langue et sous laquelle il désigne une coalition de producteurs ou d'exploitants. Les deux significations du mot n'ont rien de commun entre elles et si nous ne traduisons pas ici le mot *trust* dans le sens où nous l'employons c'est qu'il n'a pas son équivalent en français.

(2) En matière de contrat de mariage par exemple.

permet à lui seul, de donner à l'œuvre fondée la vie, une vie utile, active, efficace, et non point seulement cette existence presque purement théorique, faute de pouvoir se manifester par des actes, qu'on reconnaît un peu ironiquement à la *Stiftung* allemande, qui n'ayant pu obtenir l'autorisation administrative ne repose que sur l'acte constitutif impuissant à lui fournir autre chose qu'une vie ralentie et végétative.

On voit immédiatement la différence, fondamentale dit-on, qui sépare le système anglais de la conception française entièrement soumise au droit public, et l'on rend cette antithèse plus sensible encore en faisant observer que la fondation anglaise est exempte de toute création ou de toute constatation de personnalité morale. A part en effet des cas exceptionnels on soutient généralement que le droit privé régit les fondations sans y avoir recours par le seul intermédiaire de l'*individual trust* (1).

Le *trust* a comme caractère essentiel de constituer un dédoublement de propriété. C'est l'opération par laquelle un propriétaire transfère à une ou plusieurs personnes appelées *trustees* le *legal estate* d'un bien, à charge pour elles, par exécution du *trust* d'en consacrer

(1) Tel n'est pas, on le verra, notre avis personnel (voir 2^e partie, chap. II), 2^e sect., § 5, p. 232 et s.

En dehors du cas où la fondation affectant la forme indirecte repose sur une corporation préexistante on peut signaler trois catégories d'hypothèses où tout le monde reconnaît que la personnalité morale intervient d'une manière plus ou moins large dans les fondations anglaises : 1^o le cas où les *trustees* ont sollicité et obtenu l'*incorporation*; 2^o les *eleemosynary corporations* spécialement créées dans un but de bienfaisance au sens strict; 3^o le cas où le patrimoine de la fondation est *vested* entre les mains des *official trustees*.

le *beneficial interest* au profit d'un bénéficiaire réel, titulaire de l'*equitable estate* et qui est le *cestui que trust*.

Les *trustees* sont des personnes de confiance auxquelles le fondateur a donné la mission d'exécuter ses volontés. Mais leur situation juridique nous est rendue particulièrement difficile à saisir par ce fait qu'une fois qu'un bien a fait l'objet d'un *trust*, il se trouve soumis à deux droits de propriété distincts, qui cependant n'empiètent nullement l'un sur l'autre et ne font que se compléter mutuellement. Il importe de ne pas confondre le *trust*, cette institution originale du droit anglais avec les situations plus ou moins analogues qu'on peut trouver en droit français telles que celles du mandataire ou du *negotiorum gestor* qui ne sont que les représentants d'une personne qui concentrerait sur sa tête les droits réels dans leur intégrité. Il faut bien se garder aussi de ne pas identifier le *trustee* avec le fidei-commissaire, ce qu'une tendance trop grande à classer dans les catégories toutes faites auxquelles on est accoutumé, les conceptions juridiques quelconques qu'on peut rencontrer, a fait faire bien souvent. Mieux vaut ne pas comparer que donner des idées fausses : le fidéicommissaire se distingue profondément du *trustee* par ce simple fait, sur lequel on ne saurait assez insister, qu'il ne peut pas se dire comme ce dernier réellement propriétaire des biens qu'il est chargé d'administrer. En effet la *property* une fois *vested at law* entre les mains des *trustees*, ceux-ci se trouvent ayants-cause directs et non pas seulement apparents du créateur du *trust*, et seuls reconnus comme véritables propriétaires par la *Common law*. Mais une modalité secrète attachée

à l'*estate* du bien et à son propriétaire, donne au *cestui que trust* un droit d'*equitable property* en vertu duquel il pourra agir devant la Cour de Chancellerie (1) seule dépositaire des pouvoirs de l'ancienne juridiction de l'*Equity* (2).

C'est cette division du droit de propriété en un *legal estate* appartenant au *trustee* et une *beneficial ownership* dont profitent ceux en faveur de qui le *trust* est créé, qui forme à la fois tout le secret et toute l'originalité du droit anglais en cette matière. Peut-être cependant si on ne craignait de tomber dans l'écueil signalé tout à l'heure, pourrait-on voir une similitude entre la théorie anglaise du *trust* et le régime de la propriété à Rome ou dans notre ancien droit féodal.

Là aussi on retrouve la pleine propriété divisée en deux droits qui se complètent : le domaine éminent et le domaine utile ; le *dominium ex jure quiritium* (3)

(1) Cf. les définitions données du *trust* par Lord Cokes et par Th. Lewin, *A practical treatise on the laws of trusts* (11 th., éd. 1904), p. 11.

(2) La juridiction de la Cour de la Chancellerie dérive du droit que s'était réservé Henri II de juger en son conseil, certains points où la loi ne protégeait pas les droits lésés d'une façon suffisante. A partir de 1348, sous le règne d'Édouard III, l'habitude s'introduisit de s'adresser au Chancelier qui en référa de plus en plus rarement au roi et fonda en face de la *Common law* la juridiction de l'*Equity*. Enfin en 1873-1875 l'*Equity* fut supprimée comme législation spéciale et l'ancienne Cour du Chancelier devint la *Chancery Division de la High Court of justice*.

La juridiction de l'*Equity* avec ses *Writs* (*Writ de subpœna*) et ses *remedies* complétant et corrigeant la *Common law* peut être comparée aux pouvoirs du prêteur romain et aux actions utiles qu'il délivrait.

(3) En tenant compte des cas où le *dominium* reste entre les mains de l'ancien propriétaire, soit à cause du mode de transfert employé

et la propriété bonitaire et qui se trouvent entre les mains de personnes différentes.

Cependant l'analogie est loin d'être parfaite même en prenant comme terme de comparaison l'institution romaine dans son dernier état, celui où le Prêteur remplissant le même rôle que les Cours d'*Equity* en matière de trust, protégeait l'*in bonis habere*, non plus seulement par des interdits, par l'action publicienne, et par les exceptions *rei venditæ et traditæ, donatæ et traditæ* fondées sur la bonne foi et destinées à paralyser l'action en revendication du titulaire du *dominium* (1), mais par des actions *in rem* pétitoires ne différant guère de la *reivindicatio* que par la formule. Car alors le propriétaire théorique, le *nudus dominus ex jure quiritium* ne possède plus qu'un titre purement illusoire, n'a plus aucun droit, n'est plus tenu d'aucune obligation personnelle, toutes choses qui le distinguent nettement du *trustee* qui est chargé de la gestion du patrimoine de la fondation.

soit à cause de la qualité du nouvel acquéreur (pérégrin.), et sauf naturellement ceux où c'est la nature même de la chose qui s'oppose à ce qu'elle soit susceptible de *dominium ex jure quiritium* (fonds provinciaux), quoiqu'on puisse considérer que le *nudum dominium* existe même dans cette troisième hypothèse de propriété prétoirienne et que c'est l'État qui en est titulaire (Cf. domaine éminent) : Voyez GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 253 et s., 341 et s.

(1) MODESTIN, 52, *Dig.*, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1.

(2) G. I., 54, III, 166.

(3) Historiquement une obligation positive à remplir par les *trustees*, est nécessaire à la validité du *trust* car il est construit à l'image du *special trust* ancien qui n'a échappé que par ce caractère à la prohibition du *Statute of Uses* rendu par le parlement d'Henri VIII en 1535.

Pratiquement le droit des *trustees* se résoud pour eux en une simple charge ; ils ne retirent de leur situation aucun avantage. Leur fonction consiste à exécuter fidèlement au profit des *cestuis que trust* les obligations que leur a imposées le fondateur en leur transférant le *legal estate* de sa propriété. A tel point qu'on a pu voir dans le *trust*, à côté du transfert de propriété, une stipulation pour autrui dans laquelle les *cestuis que trust* joueraient le rôle de bénéficiaires et les *trustees* celui de promettants (1).

§ 2. — La classification de la « Charity ».

Il résulte de l'ensemble des *Charitable Trusts Acts*, que la fondation désigne en Angleterre, « toute institution *endowed*, pouvant produire des effets juridiques « en Angleterre et en Écosse, incluse dans l'énumération du Statut 43 Eliz. c. 4 et dont l'administration « des revenus et la propriété sont sous la juridiction « de la Cour de Chancellerie (2) ».

Tandis qu'en France et en Allemagne la fondation peut avoir pour but la réalisation d'une œuvre quelconque, la *Charity* anglaise doit toujours revêtir le caractère d'une œuvre de bienfaisance consacrée à l'utilité ou à l'amélioration de la condition de la collectivité ou d'un groupe important de bénéficiaires. C'est là un de ses caractères essentiels et dominants. Malgré la suppression par l'interprétation de la jurisprudence

(1) Sir Frédéric POLLOCK, *The Principles of Contract.*, p. 208 et s. Cette théorie est très en faveur en Écosse et en Amérique.

(2) TUDOR, *The law of Charities and Mortmain*, II, p. 35.

de la Chancellerie, de la nécessité du caractère *eleemosynary*, dont le rejet permet d'admettre au titre de fondations des œuvres autres que celles exclusivement destinées à procurer des secours aux indigents ou à distribuer des aumônes aux pauvres, il n'en est pas moins resté exact que la *Charity* ne peut exister que là où l'intérêt général est en jeu ; et cet intérêt général est apprécié d'une façon relativement assez étroite . toujours, comme l'indique son nom, la fondation doit reposer sur une idée de charité ou tout au moins de bienfaisance. Et c'est comme conséquence logique de cette notion qu'on a fait de l'indétermination des bénéficiaires une des conditions indispensables de la validité de la fondation. Sans doute toute fondation, au moins toute fondation publique, suppose une certaine indétermination des bénéficiaires résultant tout au moins de la perpétuité de l'affectation ; mais l'*indefiniteness* du droit anglais a une signification moins large ; il faut entendre par là que les bénéficiaires ne doivent être ni des personnes connues, ni même des personnes facilement déterminables ; le fondateur ne doit pas avoir pu s'en faire une idée précise lors de la réalisation de sa volonté bienfaisante. Il y a là un élément d'appréciation fort délicate qui ne peut être bien compris que par l'examen d'espèces pratiques (1).

Le rôle de la jurisprudence revêt en cette matière une importance d'autant plus considérable que la défini-

(1) Pour l'examen de ces espèces voir les exemples donnés par SALEILLES, Rapport à la Commission des fondations. *Bulletin de la Société d'études et législatives*, 1906, n° 6, p. 488 et par ESCARBA, *op. cit.*, II^e partie, chap. 1^{er}, *La notion juridique de la Charity*, p. 137.

tion légale de la *Charity* n'est pas d'une grande netteté.

Les choses se passent tout autrement qu'en France ou en Allemagne où une autorisation spéciale, et en quelque sorte individuelle, est exigée, par l'autorité administrative chargée de leur surveillance, pour toute fondation nouvelle ; en Angleterre au contraire, s'il est vrai qu'il ne peut y avoir de fondation valable en dehors des *Charities*, est qualifiée *Charity*, sans qu'il soit besoin d'aucune formalité particulière à chaque cas, tout *trust* qui est *charitable*, c'est-à-dire qui rentre dans une énumération limitative, ou soi-disant telle, donnée par la loi, et dont, en réalité, la jurisprudence a déterminé les bornes.

Le texte qui sert de référence à la notion de *Charity* est, comme il faut toujours s'y attendre quand on étudie une institution du droit anglais, non une de ces définitions abstraites englobant dans une notion synthétique la généralité des cas particuliers qui peuvent se présenter, auxquelles nous sommes accoutumés, mais une énumération purement analytique d'espèces sans lien logique les rattachant les unes aux autres.

Ce texte est aujourd'hui le § 2 de la section 13 du *Mortmain and charitable Uses Act* de 1888, qui d'ailleurs n'a fait que reproduire sans tenter aucun effort pour l'améliorer, le préambule d'une ancienne loi d'une importance considérable, le Statut célèbre de la reine Elizabeth de 1601 (Statut 43 Eliz. c. 4) (1).

Pour qu'une fondation puisse être considérée comme

(1) Voir le texte rapporté dans ESCARRA, *op. cit.*, p. 132. *Whereas landes tenements...*, etc.

une *charity* valable il faut qu'elle puisse être comprise par la définition du Statut ; qu'elle rentre dans une des catégories légales fixées d'avance, que la jurisprudence en a tirée par une interprétation très large et qu'en 1805 Sir Samuel Romilly classait méthodiquement et répartissait en quatre groupes ainsi formés :

1°. — Les secours et l'assistance des pauvres, malades et infirmes (caractère *eleemosynary* strict).

2°. — L'avancement de la science.

3°. — L'avancement de la religion.

4°. — Tous les objets d'utilité publique et générale.

On remarquera que tandis que les trois premières catégories offrent à défaut de précision, au moins une certaine détermination limitative, la quatrième est d'une amplitude indéfinie et permet à la jurisprudence d'y faire rentrer toutes les œuvres, offrant une utilité quelconque, même très faible, qu'elle pense devoir être encouragées.

Si bien qu'on a pu dire que la définition de la *Charity* donnée par le préambule du Statut était semblable à un crible par lequel on fait passer tous les *trusts* qui s'intitulent *charitable* afin que ceux qui méritent cette appellation soient seuls retenus, tandis que passeraient librement à travers ses mailles tous ceux dont l'intérêt social serait trop petit pour les retenir. Ceci n'est plus que théorique ; les mailles sont devenues tellement larges et la jurisprudence a su, au moins à l'une d'entre elles, réserver une telle élasticité, qu'on ne se réfère plus, ni à la lettre, ni même, en réalité, à l'esprit, du texte ; on ne s'inquiète plus guère que de vérifier si les conditions de forme exigées ont été rem-

plies (1), si l'objet n'est pas contraire à l'ordre public (2) et aux bonnes mœurs, et si enfin il s'agit bien, non d'un *private trust*, mais d'un *charitable trust* par le moyen duquel le fondateur a eu l'intention généreuse de faire profiter de ses bienfaits des bénéficiaires indéterminés. Tout au plus veillera-t-on à ce que l'œuvre soit dotée du patrimoine nécessaire à sa subsistance, et qui pourra, soit résulter pour la totalité de la libéralité de son créateur, soit présenter une combinaison entre un *endowment* primitif par lui constitué et des *voluntary subscriptions* ou *contributions* qui viendront s'y adjoindre grâce à des quêtes et des souscriptions faites auprès des tiers.

§ 3. — Fonctionnement des « Charities ».

Nous arrivons ainsi à l'étude de la création et du

(1) Il est interdit par exemple de laisser clandestine la volonté du fondateur. Le legs soumis à un *secret trust* se trouve invalidé *ipso facto*. L'héritier peut exiger d'être mis au courant, sinon faire contre le légataire, la preuve du trust par tous les moyens possibles.

(2) On considère comme contraires à l'ordre public, à la fois pour des considérations morales et religieuses et en vertu de l'idée que toute *Charity* doit poursuivre un but de bienfaisance sociale, tous les *trusts* constitués au profit des morts sous forme de prières ou de messes. Contraires aux doctrines de l'Église anglicane qui rejette le dogme du purgatoire, toutes les fondations de cette espèce sont impossibles et annulées par la jurisprudence malgré la reconnaissance légale de la religion catholique. Le droit anglais les comprend, avec les *trusts* ayant un but de magie ou de spiritisme sous la désignation méprisante, réprobatrice et bien caractéristique de *superstitious uses*. Le *Roman Catholic Charities Act* de 1860 maintient encore cette solution. On peut remarquer cependant que la validité de la fondation de messes n'a jamais été contestée en Irlande où la grande majorité de la population est catholique.

fonctionnement des *charities* vis-à-vis du droit privé. On rencontre ici beaucoup de règles intéressantes et d'institutions originales, mais qui revêtent le caractère trop exclusivement national de procédés d'adaptation pratique, pour pouvoir nous intéresser. Il suffira de savoir que la fondation se réalise en Angleterre comme ailleurs, par acte entre vifs, (*gift by deed*) ou à cause de mort (*gift by will*). Ces dernières seront de beaucoup les plus fréquentes car, aux raisons habituelles et générales, il faut ajouter que depuis le nouveau *Mortmain Act* du 5 août 1891 sur les *gifts by will* la libéralité testamentaire est beaucoup plus largement admise, notamment lorsque la fondation porte sur des terres ou une partie du *personal estate* destinée à l'acquisition de terres, que la libéralité entre vifs qui reste soumise encore aux restrictions sévères de l'act de 1888 et à sa distinction de la *pure* et de l'*impure personalty*.

Les conditions à observer dans la forme ou dans le fond ne sont à quelques rares exceptions (1) près, pas différentes des prescriptions générales du droit privé. Cette grande liberté, qui aboutit fréquemment à une insuffisance complète de l'acte constitutif, est heureusement palliée par le large pouvoir discrétionnaire reconnu aux Cours pour interpréter et compléter la volonté charitable exprimée par le fondateur. Le plus souvent, on verra se soulever des contestations et des difficultés ; mais presque toujours la *charity* en sortira intacte ; mieux encore, affermie et consolidée, grâce à la sollicitude de l'autorité judiciaire qui réparant les oublis du fondateur et comblant toutes les

(1) Telle celle que nous signalions quelques lignes plus haut.

lacunes, se substitue à lui pour assurer à son œuvre une viabilité suffisante.

En fait il suffit que l'intention généreuse ait été clairement et nettement exprimée ou que du moins elle puisse se déduire sans ambiguïté du testament ou de l'acte de donation. S'il en est ainsi, il importera peu que le fondateur ait fait accompagner son affectation de conditions impossibles ou illicites, qu'il ait mal observé les formes ou omis de déterminer des éléments constitutifs essentiels ; on supprimera ce qui pourrait nuire à la validité de la *charity*, on ajoutera ce qui lui manque, de façon à assurer son plein effet à la volonté bienfaisante en vertu de cette idée qu'une fois émise elle doit nécessairement recevoir une exécution effective, telle est grande la faveur dont jouissent les fondations en Angleterre. C'est ainsi qu'au besoin la Cour de Chancellerie (ou plutôt en pratique les *Charity Commissioners*) se chargeront de nommer les *trustees*, de désigner les bénéficiaires et de déterminer le but à poursuivre : dès qu'il sera certain que le fondateur a manifesté l'intention de gratifier un *charitable purpose*, fut-il même tout à fait vague et général, on prendra toutes les mesures nécessaires pour permettre à l'œuvre de fonctionner en la dotant des fonds nécessaires et en lui donnant l'organe d'administration qui lui faisait défaut.

Cet organe d'administration sera, comme on l'a vu, constitué par les *trustees*. Nous disons « les *trustees* » parce qu'ils seront toujours plusieurs, groupés en un seul corps, dit le *body of individuals trustees*, et possédant collectivement le *legal estate* des biens affectés en vertu de la théorie de la *joint tenancy* et des quatre

unités de possession, de droit, de titre, et de temps dans la création initiale de ce titre, qui la caractérisent (1). Cette théorie permettra le remplacement des *trustees* morts ou révoqués en cas de faute par l'autorité supérieure, sans qu'il en résulte aucune interruption préjudiciable à la bonne et régulière gestion de la fondation.

Le plus souvent les *trustees* se recrutent par cooptation et désignent leurs successeurs à l'infini. Mais une vacance se produirait-elle les *Charity Commissioners* nommeraient d'office un nouveau *trustee*. Jamais par conséquent une fondation n'en restera privée.

Les *trustees* d'une *charity* sont tenus en conscience et en équité de l'obligation de l'administrer suivant les indications contenues dans le *scheme* qui lui sert de statut. Ils ont accepté le *trust* ; ils se sont engagés à exécuter fidèlement les charges qu'il contient et à employer exactement les revenus du *charitable estate* qui leur est confié.

Ils en sont responsables vis-à-vis du fondateur, des bénéficiaires, de la société toute entière. S'ils ne remplissent pas les obligations dont ils sont grevés, ils pourront être destitués de leurs droits comme coupables de *breach of trust* et remplacés par d'autres *trustees*, soit directement par les *Charity Commissioners* chargés de leur surveillance, soit sur une plainte qui

(1) Pour la théorie de la *joint tenancy* voir J. WILLIAMS, *Principles of the law of Real Property*, 19^e éd., London, 1901, p. 134 et s. ; et ESCARRA, *op. cit.*, 2^e partie, ch. II. Création et fonctionnement des *Charities*. On y trouvera (p. 243 et s. en note) un intéressant parallèle entre l'idée du *trust* et de la *Miteigenthum zu Gesammter Hand*, du droit germanique.

séra valablement déposée par un des *trustees* contre ses collègues, par un des bénéficiaires, ou même par une personne quelconque ayant un intérêt, même indirect, à ce que la fondation soit exécutée. Les législations des États-Unis et du Canada vont même plus loin encore et reconnaissent à tout citoyen le droit de dénoncer les *trustees* négligents. Tous peuvent par cette action populaire faire appel à la justice parce que chacun est réputé intéressé au bon fonctionnement d'œuvres qui ont une utilité publique.

§ 4. — Le Droit public.

Au cours de la vie de l'œuvre et en dehors par conséquent de l'autorisation collective préalable du Statut d'Elizabeth, le droit public des *charities* revêt un caractère d'originalité égal à celui du droit privé. L'autorité de contrôle et de surveillance au lieu de résider dans les organes supérieurs de l'administration se présente sous l'aspect d'une commission permanente nommée par le gouvernement. Créée par le Statut 43 Eliz c. 4. qui a donné l'énumération des *charitable purposes* elle fut successivement régie et transformée par une série d'*Acts* dont le dernier en date est de 1894 (1). Aujourd'hui elle est une institution solidement établie, et l'on peut affirmer que c'est aux pouvoirs multiples et étendus dont elle est investie, ainsi qu'à l'habileté et à la prudence avec lesquels elle a su les exercer, que les fondations ont pu prendre en Angleterre un essort admirable, qui loin de présenter un danger politique ou

(1) *The Local Government Act*, 1894, sect. 14.

économique, est au contraire un secours précieux dans la lutte contre le paupérisme, résultant des conditions modernes du travail dans l'industrie.

Il serait trop long d'examiner toutes les attributions des *Charity Commissioners* agissant individuellement, ou collectivement comme formant par leur réunion le *Board* de la *Charity Commission*. Au surplus nous retrouverons l'occasion de revenir plus tard sur le rôle qu'ils sont appelés à jouer comme représentants du droit public. Notons seulement que leurs attributions se séparent en deux groupes nettement distincts : la surveillance administrative ; l'application de la *Cy-près doctrine* (1).

Dans le premier on peut placer le contrôle qu'ils exercent sur l'administration des *trustees*, intervenant en cas d'abus, de *breaches of trust*, de négligence, de mauvais emploi ou de non-utilisation des fonds, de fraudes ou de détournements ; à cet effet ils procèdent à des enquêtes, les unes spéciales sur la gestion des fondations sur lesquelles leur attention a été attirée par une plainte, les autres sur l'état général des *charities* en Angleterre. Le résultat de ces dernières est consigné dans un rapport annuel où les *Charity Commissioners* indiquent, avec leurs observations, les mesures législatives qui leur semblent utiles. Ils interviennent pour assister les *trustees* chaque fois qu'une action en justice est intentée à propos de la *charity* ; ils sont en outre consultés pour toutes les opérations sur le *cha-*

(1) La législation américaine se montre moins favorable au droit d'inspection et de contrôle de l'Etat, et à l'application aussi large de la *Cy-près doctrine*.

ritable estate qui dépassent les pouvoirs et la capacité de ces derniers, telles que les transactions, les ventes, les achats, et les échanges de terres, ou les baux de longue durée. C'est à cette dernière catégorie qu'on peut rattacher les attributions spéciales du secrétaire de la *charity commission* qui sous le nom d'*Official Trustee of charity Lands* est chargé, en vertu de la section 5 th. de l'Act de 1891, de faire procéder à la vente des terres affectées dans un testament comme patrimoine à une fondation et qui dans le délai d'un an n'ont pas été vendues par les *trustees*.

A côté de ces fonctions par l'exercice desquelles les *Charity Commissioners* se présentent comme les représentants directs de la tutelle administrative de l'État, ils en joignent d'autres par lesquelles ils se posent comme les interprètes de la volonté du fondateur.

C'est dans ce deuxième groupe que rentrent à la fois, en se confondant quelque peu, l'application de la *Cy-près doctrine* et leurs pouvoirs judiciaires.

C'est par la *Cy-près doctrine* que les *Charity Commissioners* feront produire effet à la volonté charitable exprimée sans une précision suffisante et suppléeront à ce qui lui manque (1). C'est grâce à elle que, plus tard, si par suite de transformations d'ordre social ou économique une réforme des statuts s'impose, ils y procéderont par un *scheme* modificatif de l'état de chose existant ; elle ira jusqu'à leur permettre au besoin d'attribuer les revenus de l'œuvre à un autre *charitable purpose*.

(1) La théorie de la *Cy-près doctrine* est, a dit Tudor, à l'opposé de la règle générale que l'ambiguïté et l'*indefiniteness* sont des causes de nullité.

Quant aux pouvoirs judiciaires du *Board of Charity Commissioners* ils sont restreints en principe aux matières gracieuses, tandis que les affaires contentieuses sont réservées à la juridiction des Cours ; mais dans la pratique les *trustees* commençant, même pour les *contentions cases* par demander l'avis du *Board* à titre officieux et s'y conformant toujours, le résultat est que la compétence de celui-ci est en fait universelle et que celle de la *Chancery Division* de la *High Court of Justice* et des *County Courts* est devenue toute théorique.

Il ne nous reste plus qu'à signaler qu'un Act du 9 août 1899 est venu relativement aux fondations scolaires, introduire quelques modifications au régime existant et soulager les *Charity Commissioners* d'une partie du travail qui les accable, par la création du *Board of Education* qui exerce dans son domaine propre des fonctions analogues aux leurs.

On a ainsi une idée générale et succincte du régime des fondations anglaises, qui sur presque tous les points, s'éloigne très sensiblement comme on a pu le voir des systèmes continentaux.

La théorie de la *Charity* qu'on est forcé de reconnaître pour aussi originale qu'ingénieuse, a fait de l'Angleterre le pays où l'on trouve la plus grande quantité d'œuvres utiles à la société et aux individus, visant soit la bienfaisance (1), soit l'instruction (2), soit les grands travaux publics (3).

(1) Hospices, hôpitaux, assistance (fondation Peabody).

(2) Notamment les grandes universités.

(3) Par exemple la fondation du marquis de Bute, pour l'agrandissement et l'approfondissement du port de Cardiff.

CHAPITRE VI

RÔLE DU DROIT INTERNATIONAL ET DU DROIT COMPARÉ EN MATIÈRE DE FONDATION DIRECTE

§ 1.

Etablies par une volonté intelligente, clairvoyante et avertie, surveillées par l'État avec une réserve qui n'exclut pas la fermeté, les fondations peuvent, nous l'avons vu, rendre dans une société comme la nôtre, les services les plus signalés dans toutes les branches de l'activité humaine et spécialement pour tous les besoins d'intérêt public (1). Il importe donc de favoriser leur création dans la plus large mesure possible en vue de l'utilité sociale qu'on peut en attendre, tout en contrôlant au nom de cette même utilité sociale les tentatives individuelles dangereuses qui risqueraient de porter atteinte à l'ordre public.

(1) « Que de mainmortes nous font défaut pour perfectionner
« notre outillage d'améliorations sociales, prudentes, sincères,
« réfléchies. N'entrevoyez-vous pas le nombre d'établissements d'uti-
« lité publique que l'initiative individuelle pourrait faire sortir d'une
« législation pratique et libéralement conçue permettant à tout le
« monde de remplir ce qu'on a si justement appelé un devoir social,
« et donnant aux travailleurs qui agiraient pour eux-mêmes et par
« eux-mêmes des moyens efficaces d'améliorer leur sort ». Passage
d'une lettre écrite par M LÉON SAY à M. Patinot, directeur du
Journal des Débats, le 7 octobre 1890. *Journal des économistes*, 15 oc-
tobre 1890, p. 88.

Adroitement maniée, la fondation peut être un instrument économique d'une puissance remarquable ; c'est à l'intervention de l'État qu'il incombe de remédier aux défauts qu'elle pourrait présenter et à suppléer à la souplesse qui lui manque. Jusqu'ici elle a peu dépassé les limites des États où elle avait pris naissance. Rien ne l'y invite d'ailleurs, et l'obscurité des questions qu'elle risque de soulever en s'aventurant hors du domaine exclusif de son droit national rendrait bien dangereux le terrain sur lequel elle se placerait. La notion de fondation est encore partout si confuse, elle paraît encore si disparate, qu'on peut se demander quel accueil le droit international lui réserve. Faute de principes solides et à défaut d'une jurisprudence fixée, tout n'est encore sur ce point qu'obscurité et incertitude. Or on peut concevoir dès maintenant quel rôle international important la fondation est appelée à remplir à une époque qui semble de plus en plus se caractériser par deux phénomènes encore tout nouveaux : d'une part la tendance au groupement, à l'association, et, comme conséquence, à la libéralité en faveur de catégories plus ou moins larges d'individus déterminées par des conditions générales ; d'autre part l'importance de jour en jour plus restreinte accordée dans les relations de droit privé aux frontières politiques des États. Mais ces relations internationales ne se manifestent que sur les matières où les parties savent sur quoi pouvoir compter : il n'y a pas de commerce là où il n'y a pas de sécurité. Pour que la fondation puisse prendre dans le domaine du droit international l'essor que l'on est en droit d'en attendre, il faut que les différentes législations soient mieux connues au dehors et que les

solutions applicables à leurs conflits soient mieux établies.

Dans toutes les hypothèses où le droit international aura à intervenir il est à souhaiter que l'application qui en sera faite se manifeste de la façon la plus large et la plus libérale possible. Il n'en pourra être ainsi tant qu'un abîme, plus fictif encore que réel, séparera aussi profondément qu'aujourd'hui les conceptions législatives et doctrinales qu'on rencontre chez les différents peuples. Il ne peut y avoir de compréhension universelle, ni d'application internationale de systèmes qui revêtent chacun un aspect tout particulier, et paraissent même à beaucoup contradictoires. Si bien que le principal rôle du droit international aidé du droit comparé, doit, nous semble-t-il, être surtout de lutter contre ces tendances d'exagération des caractères propres à chaque législation, et de montrer qu'en dépit des apparences on peut trouver au dessous et derrière elles une théorie générale qui leur est commune à toutes. Sans doute elle paraît au premier abord bien vague, bien peu précise et bien confuse ; mais même dans l'état actuel du droit nous montrerons qu'il est possible de la retrouver si l'on pousse l'analyse jusqu'au cœur de la question, sans se laisser décourager par l'antinomie apparente des formes variables dont on l'a revêtu. En cette matière le progrès doit être cherché dans l'uniformisation du droit, ou plutôt, car ce terme est trop absolu, dans l'adoption d'un type unique et universellement admis pour la technique de la fondation, squelette théorique dont l'aspect extérieur pourrait néanmoins présenter des variantes. Jusque-là la fondation est condamnée à rester pour chaque pays une institu-

tion purement nationale, et chaque fois que par hasard une question de conflit sera soulevée à son sujet, elle sera tranchée par les tribunaux avec un rigorisme et une étroitesse de vue contraire à tout encouragement des relations internationales. Pour amener une transformation vivement désirable il importerait que la doctrine transforme sur ce point sa méthode de travail. Oublieuse que le droit comparé n'est une science vraiment utile qu'à condition de rapprocher le droit des différents peuples en recherchant dans chacun d'eux les traits communs et les conceptions identiques, on dirait vraiment qu'elle n'a pour but que de les éloigner de plus en plus les uns des autres en exagérant l'importance des points sur lesquels ils se séparent. C'est à cette tendance, due à l'abus de l'abstraction scientifique subjective et à la préoccupation inavouée, mais constante de faire servir les constructions doctrinales à des considérations politiques, tendance déplorable au point de vue des progrès du droit international qu'elle ne fait qu'entraver, que nous voudrions nous opposer en tirant de l'étude du régime auquel elle est soumise dans les principales législations modernes, une théorie générale internationale de la fondation.

Les questions que la fondation peut soulever aujourd'hui en droit international sont peu nombreuses. Encore faut-il savoir comment les résoudre lorsqu'elles viennent à se poser. C'est ce que nous étudierons à la fin de notre travail lorsque la synthèse du droit comparé de la fondation, tentée dans le but de montrer la voie dans laquelle le droit international doit avant tout s'engager, nous aura mis en possession des notions précises, nécessaires pour déterminer dans quelle mesure

on peut aujourd'hui appliquer aux fondations des solutions vraiment internationales. Mesure bien restreinte à la vérité, car s'il importe de favoriser la pénétration réciproque toujours plus intime du génie des nations sur un terrain d'idéalisme et de désintéressement, de faire entrer dans les esprits chaque jour d'avantage l'idée que l'intelligence et l'activité de l'homme sont des dons qu'il a reçu pour en faire usage dans le monde et non sur une portion de territoire enserrée par des limites arbitraires, de permettre à ceux qui se sont enrichis par le commerce international de rendre au monde, une partie de ce qu'il leur a donné, par l'exercice d'une bienfaisance également internationale, on ne saurait trop prendre garde de respecter dans toute son intégrité et dans toute sa force l'ordre public national de chaque pays intéressé. Chacun d'eux doit veiller jalousement à ne laisser porter aucune atteinte à ce principe qui est à la fois la garantie de l'ordre intérieur en tant que loi de police, et la manifestation de la dignité extérieure en tant que partie intégrale des droits que confère l'indépendance et la souveraineté.

Mais la ligne de démarcation qui sépare le droit international privé du droit international public, le terrain d'entente du terrain réservé, est souvent bien difficile à découvrir. Il est peu de notions plus vague et plus imprécise que celle de l'ordre public en droit international privé. On se retranche fréquemment derrière lui dans des cas où son application n'est pas douteuse ; mais il est des hypothèses plus délicates situées sur les confins du droit civil et du droit administratif, qui les régissent à la fois ; il n'y en a pas où cette confusion soit plus complète que dans la fondation. L'appréciation des solu-

tions qu'il convient d'y donner est rendue particulièrement difficile par les discussions d'ordre théorique sur le caractère même de l'institution juridique cause du conflit. C'est pourquoi il importe avant tout de se faire sur la nature de la fondation une opinion solide, dégagée de toute arrière-pensée qui serait étrangère au droit pur : ce sera le seul moyen de déterminer avec un peu de précision et en tous cas avec logique, les domaines respectifs du droit public et du droit privé. Ce sont les bornes qui les limitent vis-à-vis des fondations que nous voudrions tenter de fixer en terminant, heureux si nous pouvions établir dans une matière à première vue aussi confuse, embarrassée de notions aussi abstraites et offrant le spectacle de législations aussi variables par leur pratique et leur théorie, quelques points à peu près sûrs, quelques ilots à peu près solides où l'on puisse reprendre pied pour se lancer à nouveau au milieu de la complexité des questions que pourront soulever des conflits souvent variés et des circonstances de fait toujours changeantes.

§ 2.

Le droit international privé est encore une science relativement récente, au moins quant à ses progrès positifs entre États souverains distincts, et il est permis d'espérer que, grâce aux efforts faits en ce sens, les différentes législations nationales, bien que gardant leur caractère particulier et restant chacune plus spécialement appropriée aux mœurs, aux traditions, aux ten-

dances d'un peuple déterminé parviendront par un rapprochement progressif à réaliser une communauté juridique sur les principes du droit.

Ceci ne veut pas dire qu'on ait la prétention d'obtenir l'unification absolue du droit entre les peuples civilisés : cela n'est même pas désirable ; l'harmonie, malgré les complications qu'elle entraîne peut être préférable à l'uniformité. Chaque législation correspond plus exactement aux aspirations de la nation dans la conscience collective de laquelle elle s'est lentement formée, par le travail d'une longue évolution historique. C'est de son esprit qu'elle est sortie, c'est à son génie propre qu'elle est tout particulièrement adéquate. Montesquieu dans son immortel ouvrage sur l'Esprit des lois a dit : « Les « lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la « nature des choses (1) » et, nonobstant quelques exceptions, d'ailleurs choquantes et incompréhensibles (2) il reste profondément vrai que le droit d'un peuple n'est

(1) MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, t. I, livre I, chap. 1^{er}, *Des lois dans les rapports qu'elles ont avec les divers êtres*.

(2) M. le professeur PILLET insiste particulièrement sur l'erreur qui consiste à regarder comme décisive l'influence des éléments physiques extérieurs. Ce qui en est une preuve bien certaine c'est que les limites politiques des États actuels ne correspondent que très imparfaitement à celles des nations et qu'un même peuple soumis à une législation uniforme est souvent composé de races fort différentes entre elles. M. FUSINATO, professeur à Turin, a apporté comme soutien à cette opinion un argument bien frappant tiré de la comparaison de l'âge du mariage dans les différentes législations. A la suite d'une enquête sur ce sujet il a pu démontrer qu'en dépit de toutes les lois physiologiques, certains pays scandinaves ont adopté pour l'âge minimum du mariage une limite inférieure extrême, plus basse que les pays du sud de l'Europe (*Il principio della scuola italiana*, p. 45.)

que le produit de réactions complexes, d'éléments variés et multiples, de la race, du climat, de l'histoire, de la langue, des traditions, des croyances, des mœurs, des conditions économiques et qu'aucun autre n'est mieux approprié aux besoins des individus qui le composent (1).

La diversité de législation a ses racines dans la volonté même de la nation de rester un peuple libre, indépendant et souverain. Imposer à tous les hommes la même loi serait s'exposer à froisser des sentiments éminemment respectables, à réformer des habitudes dont la naissance et la formation devenues confuses et indéfinissables remontent à plusieurs siècles et s'imposent aujourd'hui avec la force indéracinable d'un atavisme d'une durée presque illimitée. Bien plus, on se heurterait à des impossibilités de fait qui suffisent à elles seules, à faire voir l'inanité de cette conception plus

(1) Cf. MONTESQUIEU, *op. cit.*, t. I, livre I, chap. III. *Des lois positives*.
« Elles doivent être relatives au physique du pays, au climat glacé,
« brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa
« grandeur, au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou
« pasteurs; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la
« constitution peut souffrir; à la religion des habitants, à leurs
« inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à
« leurs mœurs, à leurs manières. Enfin elles ont des rapports entre
« elles; elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur,
« avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies; c'est
« dans toutes ces vues qu'il faut les considérer. »

De ces constatations on déduit que la loi privée ayant toujours pour but l'utilité de la personne ne régit que ceux pour lesquels elle est faite, mais qu'elle les suit en tous lieux et s'applique autant qu'il est possible à tous leurs rapports de droit. C'est cette idée qui est le fondement de la doctrine de Mancini et des théoriciens modernes qui s'y rattachent, notamment de M. le professeur WEISS.

philosophique que juridique. C'est là une chimère destinée à demeurer pour toujours à l'état de rêve irréalisable. L'établissement d'une communauté du droit ne serait d'ailleurs pas sans danger ; tout progrès se trouverait dès lors paralysé par les complications qu'entraînerait la modification la plus infime de l'état de choses existant. Tout au plus pourra-t-il continuer à se développer sur certaines matières d'intérêt particulièrement général une sorte de *jus gentium* accepté dans tous les pays civilisés. Mais le domaine en restera toujours limité à des hypothèses exceptionnelles où les sciences appliquées jouent souvent un rôle prépondérant, et pour lesquelles la nécessité d'une entente universelle s'impose afin d'assurer l'efficacité des mesures prises (1).

Mais même sur les autres points du droit, ou, du moins sur certains d'entre eux, on pourra parvenir par la réunion de conférences internationales, favorisant la connaissance plus complète des expériences faites et des progrès réalisés à l'étranger, la communication plus étroite de juristes avertis qui pourront exposer leurs appréciations et les discuter avec fruit, la compréhension plus parfaite des besoins communs à l'humanité entière, à réaliser l'adoption universelle de règles générales dont la législation de chaque pays

(1) Comme exemples de ces accords ou unions on peut citer ceux relatifs aux postes et télégraphes, aux transports par chemins de fer, à certaines matières économiques (Convention de Bruxelles de sur les sucres) à certains points du droit pénal (mesures prises contre la « traite des blanches »). De même en pur droit privé, la convention de Berne du 9 septembre 1886 a établi une législation commune et uniforme pour la protection des droits d'auteur.

particulier présenterait ensuite pour les formes spéciales de son application le développement qui lui semblerait le mieux en rapport avec le caractère des habitants.

Il peut sembler que les cas où il serait le plus facile de parvenir à une uniformité, sinon de détails, au moins de principes et d'idées directrices, sont ceux où se trouvent en jeu des concepts abstraits, des notions théoriques, et non l'activité et la liberté des individus, ou, pour s'exprimer d'une façon plus exacte puisque selon un vieux principe auquel nous restons fidèle, l'homme seul, être intelligent et raisonnable, peut être sujet de droit, ceux où les individus ne paraissent qu'au second plan, cachés sous l'abstraction qui en elle-même n'est jamais qu'un songe, dissimulant, il est vrai, souvent non sans danger, les réalités concrètes qu'elle recouvre.

Or il est peu d'institutions juridiques qui présentent à un plus haut degré ces caractères que la fondation.

De plus un peu partout on s'occupe d'en réformer ou même d'en établir la théorie. N'est-ce pas là une occasion unique de tenter sur ce point un rapprochement et de réaliser ici cette communauté d'esprit qui commence à se présenter d'une façon presque constante dans d'autres branches du droit, notamment en droit pénal, où grâce à une coopération plus active des travaux de la doctrine et surtout grâce à la nature d'intérêt à la fois moins théorique et plus essentiellement collectif des questions qui s'y posent, toutes les mesures importantes dont un pays prend l'initiative passent très rapidement au delà de la frontière pour peu qu'elles donnent d'heureux résultats ou paraissent répondre à

un besoin, et se propagent dans le droit étranger en y adoptant peut-être des formes variables, mais en gardant partout un fonds commun et un principe identique ? (1)

Malheureusement il est à craindre que d'ici longtemps encore il ne puisse en être ainsi que partiellement. Le droit international privé parviendra difficilement à unifier, ne serait-ce même que d'une façon relative, le droit privé des fondations, car partout nous le trouvons trop intimement, quoiqu'à des degrés très variables, mêlé au droit public et cette union étroite impose une réserve nécessaire. On entend bien dire souvent sous la forme d'une critique adressée à notre droit, que tandis que la fondation est en France une institution essentiellement de droit public elle est dans les principales législations étrangères dans le domaine propre du droit privé. Cette formule répétée à l'envi par tous ceux qui ont écrit sur la matière n'a pas tardé à être considérée comme un axiome. Telle est grande la force des mots. S'il y a en effet des différences de mesure entre les différents droits relativement à l'imixtion du droit public dans la fondation, il n'y a jamais là qu'une question de plus ou de moins, et non cette opposition absolue qu'on se plait en théorie à

(1) Notamment le sursis ou la libération conditionnellé; le régime des peines; toutes les mesures prises pour la protection de l'enfance abandonnée ou la correction de l'enfance coupable.

On peut citer aussi certaines mesures législatives à tendances économiques; par exemple les lois sur les accidents du travail, le risque professionnel et l'organisation de l'assurance ouvrière; les lois sur la propriété foncière; les tentatives ou les projets d'application des livres fonciers, du système Torrens ou du Homestead.

porter à l'extrême. Nous aurons à insister sur ce point. Qu'il nous suffise pour l'instant d'affirmer que l'État ne pouvant se désintéresser du régime des fondations à cause de leur trop grande importance politique et économique, le droit public dans quelque pays qu'on se place est appelé à y intervenir pour une grande part et à y jouer un rôle important. Or il est une règle du droit international privé qui doit être considérée comme intangible ; c'est le respect absolu de tout ce qui touche à l'ordre public des différents peuples, émanation directe et affirmation sensible de la souveraineté indépendante qui donne à chaque groupement national le sentiment de son individualité propre, l'impression d'une âme commune, d'une conscience collective homogène, en un mot toutes ses sensations indéfinissables qui se combinent et se résument dans l'idée de patrie.

§ 3.

Mais cependant, combien est imparfait le rôle du droit international privé s'il ne fait que fixer les principes de la résolution des conflits ! Et cela tout spécialement dans cette matière où chaque droit a une façon si différente de concevoir ou d'expliquer les notions théoriques qui interviennent dans la fondation, ce dont, d'ailleurs il n'y a pas lieu de s'étonner ; car comment pourrait-il en être autrement à propos d'une institution juridique sur laquelle il y a encore des divergences si tranchées, parmi les opinions doctrinales qui, pour ne parler que de la France, ont cherché à en fixer la théorie.

En admettant même que les progrès du droit international privé, permettent de fixer des solutions constantes et uniformes pour le règlement des conflits qui pourraient s'élever entre différentes législations nationales sur une question de fondation ; en supposant que, par traités ou conférences internationales, on parvienne à faire accepter les mêmes solutions dans tous les pays, à faire adopter partout les mêmes règles de délimitation entre la loi nationale et la loi du lieu d'exercice de l'action, on se trouvera toujours, une fois ce premier résultat idéal atteint, en face de deux défauts irréductibles auxquels on se heurte fatalement en cas de conflit de lois et qui se présentent ici avec une acuité toute particulière.

D'une part, sur un très grand nombre de points, la loi territoriale du lieu sera forcément appliquée en vertu de ce principe, exposé plus haut, qu'aucun pays ne peut accepter sans risquer de compromettre sa dignité ou même sa sécurité, qu'une loi étrangère produise effet chez lui, même sur le terrain du droit privé, et à plus forte raison sur celui du droit public, en certaines matières dans lesquelles sa souveraineté peut lui paraître plus particulièrement engagée.

D'autre part, en admettant même que l'on reconnaisse comme applicable dans une hypothèse donnée, la législation nationale de l'étranger ou de l'œuvre étrangère, comment concevoir que le juge malgré toute la science qu'il peut posséder en droit comparé, et tout le travail qu'il peut consacrer à l'examen de l'affaire, parvienne à appliquer avec une compétence suffisante une loi dont les subtilités juridiques lui échapperont toujours ; dont il n'aura pu ni découvrir les finesses d'in-

interprétation, ni s'assimiler l'esprit. Si la lecture du texte législatif éclairé par une étude consciencieuse du sujet ou par les consultations de quelques jurisconsultes particulièrement versés en droit international et en droit comparé, ou même venus spécialement de leur pays fournir les explications nécessaires sur leur loi nationale, pourront être une documentation satisfaisante dans certains cas relativement simples, où il ne s'agira guère que de déterminer les solutions matérielles données à l'étranger sur certains points de détails se rattachant à un système juridique comparable à celui qui lui fait pendant dans la *lex fori*, combien ces sources de renseignements seront-elles insuffisantes chaque fois qu'on se trouvera en présence d'une théorie vraiment originale, dont le juge ne pourra trouver d'équivalent dans le droit qui lui est familier. Et ceci sera tout particulièrement vrai, vis-à-vis des législations non systématisées, entièrement coutumières et si profondément personnelles qui caractérisent les pays anglo-saxons. Avec combien de raison a-t-on pu dire, qu'on ne peut vraiment pas s'imaginer le résultat qui pourrait sortir de l'interprétation du droit anglais par un tribunal étranger (1), tellement son génie échappe à ceux qui sont habitués à la contemplation du droit scientifique et coordonné de l'Europe continentale.

Et si l'on songe combien est variable dans ses caractères comme dans ses principes la notion de fondation, suivant qu'on l'envisage dans tel ou tel droit particulier, on se rendra compte que l'interprétation de l'un d'eux par un tribunal qui ne pourra forcément le connaître

(1) SALEILLES, *Lettre sur l'uniformisation du Droit privé*, p. 8.

que d'une façon très imparfaite, aboutira fatalement à une application défectueuse, sinon absolument erronée. Tandis que sur la plupart des points du droit, s'il existe aussi des différences essentielles entre les lois qui s'y appliquent dans chaque pays et les conséquences qui en dérivent, on trouve du moins à la base de l'institution, une idée générale commune, fondement universel partout conçu de la même manière, qui s'impose au législateur par la force même des choses et supporte des constructions théoriques nécessairement élevées sur des plans analogues, c'est cette base commune elle-même qui manque pour les fondations qui ne correspondent à aucun besoin ni à aucun droit qui soit vraiment naturel à l'homme, et dont la conception purement abstraite et subjective est étroitement liée à la notion si variable, si vacillante et si obscure de la personnalité morale.

Quelques décourageantes que puissent paraître ces constations, il ne faut jamais, c'est l'histoire qui nous l'enseigne, se désespérer de faire progresser le droit et cela surtout, quand il n'y a en cause que des contingences dont l'homme est le maître, et non de ces nécessités absolues qu'il ne peut réformer, parce que dérivant de la nature même, elles échappent à sa puissance.

Tout d'abord il paraît possible d'améliorer le droit international des fondations en développant et en fixant d'une façon uniforme les règles de solution des conflits qui peuvent se présenter à leur sujet, en ne perdant pas de vue que le progrès en matière de droit international doit être cherché dans la facilité toujours plus grande, donnée tout en restant dans les limites imposées par la

prudence et par la conciliation avec les principes du droit interne, à l'application, sur le territoire et devant les tribunaux, de la loi nationale de l'étranger ou de l'œuvre étrangère.

S'il faut voir là le procédé le plus rapide que l'on puisse employer dès maintenant, pour réaliser quelque harmonie ; s'il faut y avoir recours comme le moyen le plus pratique et le plus sûr que l'on ait actuellement et immédiatement à sa disposition pour donner quelque fixité aux relations internationales d'ordre privé et fournir quelque sécurité aux parties engagées dans des rapports de droit de cette nature, ce serait une erreur de croire que c'est là le but unique et final du droit international privé. Si la résolution des conflits de lois est bien aujourd'hui encore son objet naturel et direct, son rôle est appelé, grâce à l'appui que lui fournira le droit comparé, à dépasser de beaucoup dans l'avenir ces limites un peu étroites.

C'est au droit comparé, science toute nouvelle, elle-même aussi, que revient l'honneur d'être l'instrument grâce auquel les nations modernes tendent de plus en plus à l'unification des principes du droit, dans la mesure où cela est possible ; et cette mesure restreinte encore à notre époque, ira toujours en s'agrandissant. On peut trouver des preuves certaines que dans l'esprit des peuples civilisés s'élabore lentement, mais selon une progression ascendante constante, l'idée encore obscure et à peine consciente, mais cependant déjà effective, que leur expansion industrielle et commerciale, que le développement de leur influence mondiale, rend nécessaire l'orientation de leur droit vers des principes unifiés et des solutions universellement admises sans

lesquels ils se trouveraient à l'écart, dans un état d'isolement préjudiciable à leurs intérêts. Dès qu'une modification est apportée dans une législation étrangère, on voit dans tous les autres pays qui craignent de se trouver distancés, la loi nouvelle examinée avec le plus grand soin, et comparée au droit national. On en constate les effets, on en suppose les conséquences et, si l'expérience en démontre les avantages, on cherche souvent à l'imiter en réformant un droit ancien qui menaçait de n'être plus au courant.

Très longtemps le droit comparé s'en tenant toujours à l'application d'une méthode purement descriptive n'a fait, en quelque sorte, que rassembler les documents qui pourraient lui être utiles dans l'avenir, et qu'étudier le développement du droit étranger dans les monographies qu'on se réservait de rapprocher plus tard des unes des autres pour en tirer des enseignements. Aujourd'hui on semble se décider à entrer dans la seconde phase, celle consistant à observer dans la pratique, quel est le sens dans lequel se manifeste le courant juridique sur chaque point du droit privé ; à rechercher dans chaque cas une idée centralisatrice supérieure à toute législation particulière, mais se retrouvant dans chacune d'elles au dessous de théories variables et peut-être même en apparence divergentes ; à établir enfin sur chacun d'eux un thème juridique d'une portée assez générale pour qu'on en puisse considérer comme des applications directes, quoique déformées, les solutions adoptées par les différents pays. Et il est permis de se demander si l'on n'arrivera pas grâce à ce travail de comparaison, à réaliser une synthèse unitaire d'éléments et de principes directeurs, représentant la subs

lance de chaque institution de droit privé, débarrassée de toute réglementation formelle, et que pourraient adopter comme point de départ toutes les constructions doctrinales nouvelles qui orienteraient peu à peu les idées dans une direction identique, et parviendraient ainsi, soit à décider le vote de lois auxquelles elles serviraient de base, soit à entraîner une adaption progressive de la jurisprudence (1). On pourrait alors ne considérer que comme de simples variantes d'un droit commun universel, les divers systèmes d'application pratique adoptés par les droits nationaux et spécialisant chacun d'eux de la manière qui paraîtrait la plus conforme au tempérament particulier et aux qualités caractéristiques du peuple qu'il est destiné à régir.

On ne voit même pas pourquoi ce travail une fois commencé pour le droit privé ne s'étendrait pas jusqu'au droit public. Les conditions politiques des grandes nations civilisées semblent se rapprocher jusqu'à devenir presque identiques (2). Pourquoi des aspi-

(1) Cf. la fonction que DUMOULIN a fait jouer à la coutume de Paris en la considérant comme droit subsidiaire et supplétif de tous les pays de coutume. C'est en vertu de la même idée qu'on applique en Angleterre la *Common law*, coutume générale du royaume, à tous les points que n'ont ni prévus ni réglés les coutumes locales. De même le Code espagnol de 1889 n'a pas réalisé l'unité de droit : il ne sert qu'en cas d'insuffisance des *fueros* provinciales. A l'inverse, le Code civil allemand de 1900 doit, en principe, et a moins de dispositions contraires, être seul appliqué, sauf recours en cas de besoin aux lois particulières des États de l'Empire qui remplissent vis-à-vis de lui le rôle de droit supplétif.

(2) Au moins pour les grandes nations occidentales de l'Europe auxquelles on peut joindre la plupart des États des deux Amériques.

En ce sens il est intéressant de remarquer le synchronisme des

rations et des besoins analogues seraient-ils satisfaits de façon opposée ? Là encore si des divergences dans les détails se comprennent, les mêmes idées directrices s'imposent. On peut en trouver un exemple frappant en considérant combien se rapprochent les uns des autres les organes supérieurs de gouvernement et d'administration, dans tous les pays qui ont adopté le régime parlementaire : cette ressemblance n'est-elle même pas plus profonde encore qu'elle ne le paraît et n'est-elle pas destinée à toujours augmenter dans l'avenir. Ne pourrait-on pas faire pour le droit public ce qu'on fait pour le droit privé ? Il ne semble pas qu'il y ait à cela de difficulté insurmontable ni d'obstacle absolu (1). C'est un travail qui s'est déjà effectué, d'une façon plus ou moins complète d'ailleurs, à l'intérieur de tous les États actuels entre les provinces qui les composent. Pourquoi ne s'opèrerait-il pas dans une mesure plus restreinte entre les États (2).

Il est vrai qu'entre chaque territoire coutumier il n'y avait que des limites administratives, ou que, du moins les différentes souverainetés distinctes qui s'y exer-

révolutions ou des grands mouvements d'idées qui ont marqué le siècle dernier dans un certain nombre de ces pays.

(1) Remarquons d'ailleurs que le droit pénal qui est certainement une des matières où la tendance d'unification internationale se fait le plus vivement sentir est généralement classé parmi les dépendances du Droit public.

(2) Ceci paraît d'autant moins impossible qu'il est facile de se rendre compte que les frontières politiques des États actuels sont bien loin de coïncider avec les limites naturelles des nations qui les composent. Combien de races sont partagées entre plusieurs pays ; combien d'États forment encore un tout mal homogène séparé par des différences d'habitudes, de langues et de croyances.

gaient étaient toutes soumises au pouvoir presque nominal à l'origine, mais qui devint peu à peu plus effectif, d'une seule et même autorité supérieure qui fait défaut, lorsqu'il s'agit de nations distinctes et souveraines. Aussi ne faut-il voir là qu'un exemple dont la répétition est irréalisable d'une façon parfaite ; mais on peut croire, qu'au moins d'une façon relative, et sous réserve du respect réciproque que les États se doivent entre eux, il est possible pour la doctrine et la jurisprudence, remplaçant un pouvoir central inexistant, de dégager un type schématique de droit public qui, sans s'imposer aux souverainetés nationales autonomes, en représenterait les principes généraux et pourrait au besoin servir de plan, de modèle et de guide au législateur.

Il ne faut pas toutefois se dissimuler que c'est là un travail qui ne pourra se faire du jour au lendemain. Tout notre désir serait, avant de tenter de déterminer, par rapport au point spécial qui fait l'objet de cette étude, les limites du terrain réservé et les frontières intangibles devant lesquelles devra s'arrêter tout mouvement d'unification qui ne viendrait pas de l'État lui-même, de montrer, qu'en dépit des caractères si profondément différents qui semblent séparer d'une façon absolue les trois principales théories française, allemande et anglaise de la fondation, on peut arriver à y découvrir malgré les apparences, par le rapprochement de leurs conséquences, bien des idées communes, bien des conceptions identiques qui permettront de construire par déduction une technique générale qui s'appliquerait à peu près à toutes les législations. Ce serait, planté sur la route à suivre, un jalon qui pourra peut-

être guider dans un avenir sans doute encore éloigné, les tentatives d'unification qu'on pourrait faire en cette matière, encore bien peu fouillée, de la fondation, qui se rattache à la fois d'une façon si intime aux plus difficiles problèmes du droit privé et aux plus graves questions du droit public. Pour arriver à ce résultat un peu idéal il y a de nombreuses étapes à parcourir. C'est une voie dans laquelle il s'agit surtout de n'avancer qu'avec prudence, sans risquer de tout compromettre en gravissant trop vite des degrés que la sagesse commande de ne franchir que lentement. Mais n'oublions pas que si le temps est précieux pour l'homme qui n'a devant lui qu'un avenir bien restreint, il compte peu pour une nation, et moins encore pour l'humanité.

DEUXIÈME PARTIE

De la notion theorique internationale de la fondation.

Toutes les observations comprises dans le dernier chapitre de la première partie ne s'appliquent, au surplus, dans leur ensemble, qu'à certaines hypothèses de fondations ou plutôt qu'à certains modes de fonder. Car dans tous les cas où la fondation, réalisée indirectement, emprunte les règles de droit commun des donations ou des legs, sans entraîner la création d'aucun organisme nouveau la question se trouve simplifiée au moins quant à la façon dont elle se pose ; et s'il reste encore à l'unification du droit l'obstacle que dresse devant lui l'ordre public international, on trouve au moins une base identique à toutes les législations qui ont toutes reconnu à l'homme le libre droit de disposer de ses biens à titre gratuit, soit au cours de son existence, soit pour l'époque où il ne sera plus, *inter vivos* ou *post mortem* (1). Si on les regarde d'assez haut pour

(1) En ce cas, cependant, il y aura encore une surveillance administrative, par suite de la nécessité pour la personne morale gratifiée d'obtenir l'autorisation requise par l'art. 910, C. civ.

n'en plus apercevoir que les grandes lignes, alors que les détails qui les dissimulent généralement, estompés dans le lointain, se sont presque effacés et ne sont plus nettement perceptibles, on voit que toutes s'appuient sur des théories fort semblables entre elles, et l'intérêt de leur étude s'en trouve fort diminué. Aussi nous contenterons-nous, pour cette catégorie de fondations d'étudier les principes de résolution des conflits qui se présentent à leur sujet.

Au contraire ce substratum commun paraît faire complètement défaut, si l'on envisage la fondation directe indépendante et les systèmes spéciaux sur lesquels elle repose chez les différents peuples. Chacun d'eux a pu, suivant son génie propre, la comprendre d'une façon particulière, puisque ce ne sont là que des conceptions toutes subjectives et par conséquent essentiellement variables de l'esprit humain. Nous voudrions dans les lignes qui vont suivre exposer l'analyse rapide de la notion de fondation dans les grandes législations étudiées dans la première partie de ce travail et donner un bref aperçu des constructions doctrinales imaginées pour leur servir d'explication. Nous tenterons ensuite de réaliser la synthèse des principes généraux et des idées communes que nous y aurons rencontrés. Tel est l'objet de cette deuxième partie.

CHAPITRE PREMIER

ANALYSE

§ 1.

On a vu par l'exposé de droit comparé qu'on a pu lire plus haut, exposé trop peu étendu à la vérité, mais que, malgré sa brièveté, nous nous sommes efforcés de rendre le plus complet, et surtout le plus clair, qu'il nous a été possible, combien les droits français, allemand et anglais diffèrent au point de vue législatif en matière de fondation. Et l'abîme qui les sépare ne fait que s'approfondir encore si, quittant le terrain du droit positif sur lequel nous nous étions exclusivement tenus alors, nous nous élevons vers les régions plus sereines peut-être, mais à coup sûr moins précises, de la philosophie du droit.

Ce ne sont plus seulement de ces différences inévitables et, somme toute, naturelles, entre solutions pratiques, en face desquelles on se trouve alors, mais vis-à-vis de notions théoriques tellement opposées, qu'il semble qu'aucune tentative d'unification ne soit possible, ou que du moins aucun succès ne puisse en être espéré. Et cela d'autant plus, que les travaux de la doctrine, loin de rechercher cette conciliation en attachant une importance particulière aux idées qui leur sont com-

munes, n'ont fait au contraire qu'appuyer sur leurs caractères distinctifs en en exagérant même souvent la portée, et que les pousser ainsi à l'extrême dans des directions divergentes.

La notion théorique de la fondation « converge autour de l'idée de propriété (1) ». Ces quelques mots ne suffisent-ils pas à désigner et à limiter avec cette précision frappante et incisive, qui imprime dans l'esprit d'une façon indélébile les notions les plus abstraites, et qui est une des qualités caractéristiques de la parole et des écrits de M. le professeur Saleilles, la sphère dans laquelle doit être cherchée la solution de la question posée. Et c'est bien, effectivement autour de ce concept que se sont développées toutes les théories ayant pour but d'éclaircir, de préciser et d'expliquer l'auto-nomie patrimoniale de la fondation.

A ce propos il faut observer combien sont défectueuses, au moins à un certain point de vue, les définitions qu'on a coutume de donner de la fondation. Presque toutes s'attachent trop à montrer ce qu'est la réalisation de la fondation plutôt que la fondation réalisée. Si elles nous apprennent ce qu'est l'acte actif tendant à créer une œuvre nouvelle, elles ne nous disent point du tout ce en quoi consiste essentiellement l'œuvre créée. Elles embrassent à la fois dans leur complexité l'action du fondateur et le but qu'il poursuit ; elles envisagent le passé et l'avenir, l'acte de fonder et le rôle de la fondation, plutôt que cette fondation elle-même ; dis-

(1) SALEILLES, Rapport préliminaire présenté à la Commission des fondations. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1906, n° 6, p. 469.

simulant ainsi son caractère actuel, primitif et réel, et déroband aux yeux sa physionomie constante et toujours semblable à elle-même, derrière des explications inutiles ou du moins des formalités de réalisation éminemment variables et contingentes de leur nature.

La fondation prise en elle-même est cependant d'une définition bien simple. Et c'est cette simplicité même qui a si souvent empêché de s'y arrêter ceux dont l'esprit était préoccupé par les difficultés de la matière. La fondation est moins une affectation qui peut se réaliser de façons fort diverses, qu'un patrimoine plus ou moins indépendant affecté à perpétuité ou du moins pour une période d'une durée indéterminée à la réalisation d'un but permanent. La fondation est avant tout un patrimoine, voilà ce qu'il ne faut jamais oublier.

La discussion, parmi les auteurs qui ont entrepris de rechercher le fondement de la théorie adoptée par chaque législation, et de fournir une explication de la conception de la fondation telle qu'on la trouve impliquée dans chacune d'elles, s'est engagée principalement sur la détermination du propriétaire du patrimoine affecté, à moins qu'on ait préféré nier son utilité et prétendre qu'un patrimoine peut exister en vue d'un but donné, sans qu'il soit besoin d'un propriétaire. La fondation est un patrimoine, elle est même, nous l'avons dit, essentiellement un patrimoine. Qui sera le sujet du droit de propriété sur lui ? ou peut-il exister comme droit indépendamment de tout sujet ? Voilà toute la question.

Tandis que, pour la résoudre tous les systèmes continentaux, soumis par une habitude d'esprit séculaire à la conception abstraite de la personnalité morale,

paraissent tous, la considérer comme un élément indispensable à toute construction juridique en matière de fondation, seul le droit anglais, purement pratique et concret, néglige une théorie qui le dépasse et sans s'appesantir sur des notions abstraites arrive, par des procédés tirés du droit commun à un système qui, n'est pas sans avantages. Ce serait une erreur d'ailleurs, de croire, que par suite d'une étude plus approfondie de la fondation, il soit arrivé à considérer ce concept comme embarrassant ou inutile. Bien au contraire ; il faut plutôt voir là une conséquence de l'absence d'esprit scientifique qui y règne. Tout entier tiré de la réalité des choses on n'a pu y étudier la personnalité morale qu'on n'y a pas rencontré et qui ne s'y trouve pas.

Mais si les droits français et allemand, ainsi que ceux qui se rattachent à l'un ou à l'autre d'entre eux font tous intervenir la personnalité morale comme explication nécessaire de la fondation, ils ne sont plus d'accord lorsqu'il s'agit de déterminer l'élément à personnifier. Ils présentent entre eux au point de vue théorique des différences bien tranchées quant au processus suivant lequel ils aboutissent à l'idée de personnalité morale, quant au fondement qu'ils lui assignent, quant à la définition de la notion de droit dont ils partent pour conclure à sa nécessité. Bien plus, on peut les regarder comme les deux conceptions opposées de la personnalité morale, la réalité et la fiction.

On se trouve donc en présence dans les trois législations que nous avons prises comme types, de trois systèmes absolument distincts et qu'on peut caractériser ainsi en quelques mots :

1° Le droit français adoptant la personne morale regardée comme une fiction de la loi :

2° Le droit allemand admettant qu'elle est une réalité juridique existant en dehors de toute concession législative.

3° Le droit anglais demeurant étranger à cette notion abstraite dont il ne conçoit pas la signification.

Force nous est ici d'entrer quelque peu dans la théorie de la fondation et par contre coup dans celle de la personnalité morale.

§ 2.

Le droit français dans son état actuel raisonne de la façon suivante :

La fondation institution juridique, suppose un rapport de droit. Tout rapport de droit suppose une relation entre un sujet et un objet de droit : leur existence est certaine et nécessaire ; mais quels sont-ils ? Pour l'objet on n'a pas eu de peine à la déterminer ; c'est le patrimoine affecté par le fondateur à la réalisation du but. Mais quel est le titulaire du droit de propriété sur lui ? Il était moins facile de le découvrir.

Il faut toujours comme titulaire du droit de propriété une ou plusieurs personnes, la personne humaine seule pouvant être sujette de droit. Mais il peut être difficile de considérer comme propriétaires les personnes qui rentrent dans un rapport donné ; il peut même être impossible de déterminer le ou les titulaires du droit si l'on ne tient compte que des individus physiques. C'est alors qu'il faut pour les remplacer ou les représenter

supposer une personne morale. Il en sera ainsi dans deux hypothèses :

1° En cas de société ou d'association ; la propriété collective des membres actuels produisant des effets profondément distincts de ceux qui résulteraient de l'existence entre eux d'un pacte d'indivision, ne peut s'expliquer autrement que par l'attribution du droit de propriété à une personne morale superposée aux individus physiques.

2° En cas de fondation, ou faute de pouvoir en trouver un titulaire on se trouve forcé d'attribuer la propriété à « une abstraction personnifiée, une œuvre d'humanité » qui doit s'accomplir dans un certain lieu, d'après un « certain mode et par des moyens déterminés (1) ».

En effet le sujet de droit ne peut être ici une personne réelle. Serait-ce le fondateur ou ses héritiers ? Certes non, puisque par la donation ou le legs qui est l'origine de la fondation, son auteur s'est dépouillé, sur la portion de ses biens qu'il y consacre, de tous ses droits en faveur..... de qui ? des bénéficiaires ? Mais ce seront toujours pour la plus grande partie des personnes incertaines, qui, en raison de la longue durée de l'œuvre, ne seront alors pour la plupart ni vivantes ni conçues, ni même peut-être nettement déterminées par le fondateur. L'art. 906 c. civ. déclare formellement leur incapacité à recevoir et à être valablement gratifiées. En faveur de l'œuvre alors ? Eh oui, en faveur de l'œuvre : c'est l'expression courante, habituelle et qui corres-

(1) SAVIGNY, *Traité de Droit romain*, trad. GUÉNOUX, t. II, p. 242, note 4.

pond dans notre esprit à une notion à laquelle nous sommes si bien accoutumés, que nous trouvons l'explication toute simple, sans remarquer que l'on est fort en peine d'en fournir une définition scientifique. (Ce fut l'œuvre, on va le voir, de la doctrine allemande). Le propriétaire ne peut être une personne réelle. Ce sera une personne morale, voilà tout. Le législateur suppose en vue de ce rôle à remplir une entité fictive qu'il traite au moins partiellement comme s'il s'agissait d'un individu. Et cette fiction permet de donner **un titulaire** à des droits qu'on ne saurait sans cela à qui attribuer.

Dans ce système, aujourd'hui violemment attaqué, mais que néanmoins nous persistons à considérer comme le seul logique, à tel point que nous en ferons avec quelques réserves théoriques seulement, notre système international de la fondation, la personne morale est une copie de la réalité, mais elle n'est pas la réalité même. De même que la personnalité juridique d'une collectivité ne peut être qu'une conception de l'esprit puisqu'une réunion d'individus, même formant un ensemble organique, ne pourrait jamais constituer qu'une pluralité d'individualités sans que de ce total ne résulte jamais un nouveau sujet de droit, à moins d'une intervention légale lui donnant une vie juridique distincte ; de même la personnalité morale de la fondation est une création de l'État. Il intervient pour compléter la capacité insuffisante du donataire ou testataire et suppléer à son impuissance à conférer à l'œuvre qu'il a conçue une existence indépendante et illimitée. En admettant la fondation au nombre des établissements d'utilité publique il fait plus que reconnaître son existence : il lui

donne la vie : il joue le rôle d'un véritable cofondateur (1). Il accorde là en effet une faveur qu'il peut refuser s'il

(1) C'est là indiscutablement le système du Droit français actuel en matière de fondations. Tout dernièrement encore M. Briand, alors ministre de l'instruction publique et des cultes, le rappelait à la tribune du parlement en ces termes qui excluent toute équivoque :

« La fondation, je le répète, et il est nécessaire, indispensable de « le répéter, la fondation ne peut être faite avec son caractère de « perpétuité, à cause de la fragilité de la personne humaine qu'avec « la collaboration de l'État par lui et en lui ; l'État devient ainsi « cofondateur. Il n'est pas l'héritier de l'établissement public dis- « paru, il est le fondateur, et il peut toujours, selon des raisons « supérieures d'ordre public, d'intérêt public, modifier la fonda- « tion. »

Et plus loin :

« Il est certain que la fondation à cause précisément de son carac- « tère de perpétuité, ne peut pas être créée par un individu, parce « que la perpétuité est seulement dans l'État. Il faut que l'État con- « fère à l'œuvre du fondateur cette perpétuité, et par conséquent il y « a là une collaboration qui fait de l'État, en pareils cas, le cofonda- « teur. » (Fragments du discours prononcé à la Chambre au cours de la séance du 17 décembre 1907. *Journal officiel*, n° du 18 décembre).

La thèse de l'État cofondateur a toujours été d'ailleurs celle de notre droit public depuis la Révolution. Elle n'est même pas étrangère à notre ancien droit : « L'individu ne peut créer des fictions, ni « partant des êtres fictifs. Ce pouvoir n'appartient qu'à la loi. » (DUMOULIN, *Coutume de Paris, Des fiefs*, titre I, § 1, n° 40). « L'État « doit être le seul créateur et le souverain maître de toutes les fon- « dations. » (TURGOT, article de l'*Encyclopédie*.) « Les fondations sont « de droit public.... La volonté de l'homme isolée serait trop faible « pour donner aux établissements que nous appelons fondations, la « durée qui les caractérise. Il faut que la loi joigne son opération à « la sienne. (DENISART. *Collection de décisions nouvelles et de notions « relatives à la jurisprudence*, 1789, t. VIII, p. 704. V^e Fondation, § 1, n° 2 et 3.)

La doctrine italienne admet entièrement cette théorie (BONACCI, paroles citées. 1^{re} partie, chap. III, p. 58). Elle l'exagère même jusqu'à faire de l'État le propriétaire des fondations (GIORGI, *op. cit.*)

le juge à propos et qu'il ne consent individuellement qu'aux œuvres qui lui en paraissent dignes. Maître absolu de la fiction il n'en reconnaît en France qu'un nombre de types assez restreint et de définitions précises : sociétés, associations, établissements publics et d'utilité publique. C'est dans cette dernière catégorie que rentrent les fondations et en y rentrant elles passent sous sa protection et sous sa haute tutelle.

§ 3.

En Allemagne au contraire, devant le parti-pris systématique du code civil de ne se prononcer ouvertement sur aucune question de pure théorie, et le soin qu'il a mis à éviter de faire préjuger par ses termes, le caractère qu'il veut attribuer à la personnalité juridique, la doctrine interprétative a pu se donner libre carrière. Tous les auteurs se sont accordés pour déclarer comme principe, que loin d'être une pure fiction sans aucune objectivité nécessaire, tirée du néant par l'intervention gracieuse de l'État, la personnalité des associations ou des fondations est une réalité, réalité juridique certes, et non concrète, mais dont l'existence immédiate et spontanée s'impose au législateur avec une certitude et une évidence égales à celles de l'individu lui-même. Chacune formerait suivant l'expression de Gierke un être collectif réel (*real gesamtperson*). En conséquence l'État ne peut, ni se refuser à reconnaître la capacité

(1) On verra plus loin en quoi la réalité de la personne morale nous paraît incompréhensible et inacceptable. Il ne faut voir ici qu'un simple exposé le plus impartial possible.

de la fondation, ni subordonner l'exercice des droits qui en résultent à des conditions trop difficiles à remplir. Tout au plus le droit public peut-il, par mesure de police, prendre quelques précautions contre elles, et le droit privé prescrire dans l'intérêt des tiers, quelques mesures de publicité indispensables pour les avertir de leur existence et les mettre en garde contre l'irresponsabilité personnelle tant pénale que civile des agents ou des organes qui agissent en leur nom. Mais la loi ne les crée pas, elle se borne à les reconnaître et à déterminer les limites de leur capacité naturelle de vouloir et d'agir (1). La personne morale n'est plus pour eux un simple artifice superposé à des individus dont elle représente l'intérêt commun, ou servant de titulaire à des droits qu'on ne sait comment leur attribuer individuellement où même à qui attribuer ; c'est une personne réelle douée d'une volonté collective particulière, différente de la somme des volontés individuelles qu'elle synthétise.

Mais si l'unanimité s'est réalisée sur l'idée générale, il n'en a plus été de même lorsqu'il s'est agi de trouver un fondement et de donner une explication de cette réalité, qu'il eut été trop simple, mais trop rudimentaire, d'affirmer sans tenter d'en fournir des preuves. C'est alors qu'on voit les principaux auteurs allemands qui ont écrit sur ce sujet se diviser en trois groupes nettement séparés soutenant chacun, avec quelque variante de détail toutefois, trois systèmes bien distincts et qu'on a coutume de désigner ainsi :

(1) Cf. GIERKE, *op. cit.*, p. 724.

Le système des Zweckvermögen.

La Willenstheorie.

La propriété corporative.

Le premier de ces systèmes (1) eut son temps de célébrité en Allemagne il y a une dizaine d'années, comme explication de la personne morale. Mais sa portée est plus générale et dépasse son domaine pour revêtir l'aspect d'une théorie juridique générale qu'on a pu appeler celle des droits sans sujet.

Brinz (1) et Bekker (2) furent ses principaux apôtres et parvinrent, au moment où son originalité séduisante lui avait assuré une vogue fugitive, à former un peu partout des disciples. Ils soutinrent que les patrimoines peuvent exister comme personnes en vertu de leur objet (*zweckvermögen*). Il ne leur est pas besoin d'avoir un maître lorsqu'ils sont affectés à un but ; celui-ci leur en tient lieu. Il existe d'après eux deux sortes de droits :

1° Ceux qui ne doivent servir qu'à l'individu qui en est le titulaire.

2° Ceux qui sont destinés à profiter à d'autres qu'à ceux qui les exercent.

Ce sont ces derniers droits que l'on rencontre dans le patrimoine d'affectation proprement dit. Un bien peut appartenir à quelque chose comme il peut appartenir à un individu ; qu'on envisage l'État, l'établissement public, la corporation, la fondation, on ne trouvera

(1) Voir notamment MICHOUX, *La théorie de la personnalité morale*, n° 16 et s., p. 39, et GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *op. cit.*, p. 424 et s.

(1) BRINZ, *Pandekten*, § 59 et s. ; § 432 et s.

(2) BEKKER, *Zum Lehre von Rechtssubject*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. XII.

jamais dans la réalité qu'un patrimoine sans maître simplement affecté au but auquel il appartient. Il faut donc distinguer le droit sans sujet, du droit individuel, le *pertinere ad aliquid*, du *pertinere ad aliquem*.

Et ceci est si vrai, dit Brinz, qu'aucun de ceux qui administrent le patrimoine de la fondation ne pourrait le gérer dans son propre intérêt. On ne peut même pas dire qu'ils sont des gérants pour autrui, car le but poursuivi pouvant être purement idéal, toute fondation ne suppose pas une collectivité même indéterminée de bénéficiaires : ce sont des administrateurs pour quelque chose (*für etwas*).

Il sera bien nécessaire que certaines personnes, individus humains, s'occupent de la gestion de ce patrimoine : car que peut être un droit sans une volonté active et intelligente qui l'exerce, sinon ce que serait une force statique éternellement condamné à l'inaction, faute d'un agent extérieur lui permettant de se manifester sous une forme dynamique, c'est-à-dire quelque chose de bien proche du néant. Mais ils n'en seront pas propriétaires ; ils n'en seront que les organes. Ils n'en auront que la *Verfügung*, la disposition, et ne pourront que l'administrer pour le compte de l'animal, de la chose, de l'idée, qui sera sujet du droit et qui seul en aura la *Genuss*, la jouissance.

Aujourd'hui le système des *Zweckvermögen* paraît tombé dans un à peu près complet discrédit, et il est remplacé dans les faveurs de la doctrine allemande par une conception plus nouvelle créée par Zitelmann (1),

(1) *Juristische Personen*, Leipsig, 1873.

développée par Meurer (1) et représentée aujourd'hui principalement par la haute compétence et l'incontestable autorité de M. le professeur Otto Gierke (2), c'est la Willenstheorie. Comme son nom l'indique, elle fait de la volonté, ou plutôt de la volition sortie de l'intelligence périssable de l'homme, détachée de lui et cristallisée dans son œuvre, le seul sujet de droit que l'on puisse trouver à la fondation. Se perpétuant à l'infini dans sa fin, elle dépasse en durée la détermination réfléchie dont elle résulte et peut produire un effet éternel sans que la disparition de la faculté de vouloir qui lui a donné naissance influe sur sa validité.

L'abus de ces abstractions et de ces subtilités provoqua une réaction violente comme on pouvait s'y attendre et fit naître une théorie qui repousse la notion de personnalité morale comme fausse, dangereuse, dissimulant sans utilité les individus auxquels elle se superpose et masquant aux yeux la persistance jusqu'à nos jours, de la propriété collective à côté de la propriété individuelle.

Ihering (3) le premier a précisé et étendu à la fondation la négation de la personnalité morale et son remplacement par la *Gesammte Hand*, idées que déjà Bolze avait entrevues avant lui. Cette doctrine eut peu de succès en Allemagne ; elle en a beaucoup plus en France et en Belgique (4) où on espère trouver en elle

(1) *Der Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen, zugleich eine Revision der Lehre von den Juristischen Personen*, § 9.

(2) *Genossenschaftsrecht*, III et *Genossenschaftstheorie*.

(3) IHERING, *Zweck im Recht* et *l'Esprit du droit romain*, traduction MEULENAERE, t. IV, p. 326 et suiv.

(4) C'est à cette théorie que se rattachent plus ou moins directe-

un moyen de sortir de la confusion et de l'obscurité où les théories qui viennent d'être rappelées ont plongé la notion jadis si simple de la personne fictive.

Ce qu'il faut, dit-on, c'est reconnaître franchement que les droits ne peuvent appartenir qu'aux individus physiques que seuls le droit objectif a eu en vue. Ce sont eux qui l'ont fait pour leur utilité propre et ils en sont la seule fin. Eux seuls doivent être pris en considération, et non point cette prétendue personne morale qui leur serait superposée. Ou du moins la personne morale n'est que la représentation collective des droits et des intérêts individuels qui leur appartiennent « Elle n'est
« pas elle-même le destinataire des droits qu'elle pos-
« sède ; ce sont les personnes physiques qui se trouvent
« derrière elle qui les détiennent ; elle ne fait que les
« représenter ; elle est l'ayant cause technique néces-
« saire des individus composant la collectivité, le cor-
« rectif obligé de leur indétermination. Peu importe
« qu'il s'agisse d'une *universitas personarum* ou d'une
« *universitas bonorum*(1) » ; il n'y faut voir que l'exis-
tence de biens collectifs à l'état de masse distincte,
soustraits au régime de la propriété individuelle comme

ment dans leur conception négative de la personne morale, MM. GÉNY (*Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif*, p. 122 et 137) ; DE VAREILLES-SOMMIÈRES (*Les personnes morales*) ; LAINÉ (*Des personnes morales en droit international privé, Journal du dr. int. privé*, 1893, p. 279) ; PLANIOL (*Traité élémentaire de droit civil*, t. I, p. 635, n° 1933 et s., éd. 1901) ; et BERTHÉLEMY (*Traité élémentaire de droit administratif*, p. 514 et s., éd. 1900), en France ; LAURENT (*Principes du droit civil français*, t. I, n° 294 ; t. XI, n° 187) ; et VAN DEN HEUVEL (*De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*), en Belgique.

(1) IHERING, *loc. et op. cit.*

à celui de la propriété indivise, conception simpliste d'une indigence manifeste, qui aboutit en définitive, à la négation même de la propriété vraiment collective, car l'indivision, legs fâcheux que nous a transmis le droit romain, n'est en réalité qu'une propriété à la fois individuelle et chaotique, chaque part indivise jouissant vis-à-vis des autres d'une complète autonomie, pour faire corps, dans le patrimoine du co-propriétaire, avec les droits dont il a la maîtrise absolue. La personne morale, n'est pas une personne, même d'une manière fictive. Elle ne fait que désigner des choses possédées par des hommes ou, si l'on veut, une forme particulière de leur propriété sur elle, c'est-à-dire une simple modalité de leur vie juridique. Elle n'est pas le titulaire véritable de la propriété des biens dont elle est « la formule abrégée, la représentation condensée » elle n'est qu'un procédé de gestion. Dans l'association le vrai sujet du droit, ce sont les associés membres de la corporation ; dans la fondation ce sont les intéressés bénéficiaires de l'œuvre : la personne juridique n'est jamais qu'un « *nomen juris* » (1).

(1) On voit combien les disciples de Ihering ou, du moins ceux qui se réclament de son autorité, ont dépassé leur maître. M. de Vareilles-Sommières par exemple, ne consacre-t-il pas tout son ouvrage à soutenir « que l'homme seul ici-bas est une personne », que la personne morale est un être fantastique et monstrueux aussi étrange qu'inutile, dont rien ne justifie la création car « la personnalité fictive ne produit aucun effet pratique, n'a aucune conséquence juridique » ; elle n'est qu'une « fiction purement artistique ».

§ 4.

Le droit anglo-américain lui, a passé à côté des problèmes que soulèvent la détermination du caractère et de la nature de la fondation, sans paraître les apercevoir ou plutôt sans vouloir s'en préoccuper ; il a préféré chercher immédiatement les solutions pratiques sans s'arrêter inutilement aux discussions théoriques : il a tourné les difficultés au lieu de les résoudre et a su tirer d'une institution chez lui assez banale le *trust*, le moyen de réaliser la fondation sans avoir recours à la notion de personnalité morale. On a beaucoup insisté sur ce fait que l'esprit anglais, essentiellement empreint d'individualisme, montre une prévention évidente contre une conception qui fait passer l'individu au second plan pour ne laisser sur la scène juridique qu'une fiction irresponsable. C'est là en effet un des principaux reproches dirigés en Angleterre contre la personnalité morale. En dehors de la révolte instinctive qu'on y ressent à l'égard de la limitation des initiatives individuelles par l'action réservée à la personne morale on y supporte mal une responsabilité qu'on n'a pas encourue directement. On y a observé que l'irresponsabilité individuelle détruisait le plus précieux stimulant de l'homme pour le travail et le moyen le plus énergique pour développer en lui l'esprit d'entreprise et le sens du devoir. La conséquence fatale en serait une mauvaise gestion du patrimoine.

Aussi a-t-on mieux aimé user d'un stratagème et attribuer fictivement à des tiers chargés de l'administrer, le

patrimoine affecté à la réalisation de la fondation. On a cru échapper ainsi à la personnalité morale et à ses conséquences. Est-ce bien exact ? c'est ce que nous aurons occasion de rechercher plus loin.

CHAPITRE II

SYNTHÈSE

Mais si maintenant, négligeant à la fois les principes directeurs qui inspirent les différentes législations et les dispositions divergentes qui les séparent dans les procédés de leur application à la pratique, on considère simplement à un point de vue plus universel les questions qu'elles ont à solutionner, le but qu'elles cherchent à atteindre et l'économie générale des moyens employés pour y parvenir, on s'étonne de voir combien des droits, en apparence si opposés, tant par la notion qu'ils se font de la fondation que par les réglementations et les formalités auxquelles elles la soumettent, présentent pour peu qu'on les envisage d'une façon assez large, d'idées communes et de solutions analogues appliquées à des situations identiques.

Il est certes peu, dans toute la philosophie du droit, de problème plus délicat et plus ardu que la détermination de l'assiette de la propriété dans la fondation et l'explication de la notion théorique de la personnalité morale et les efforts tentés pour le solutionner ne paraissent guère qu'avoir encore augmenté la complexité de la question, soit en la faussant et en la détournant de son véritable but par les discussions tendancieuses des

auteurs français, soit en l'alourdissant du poids scientifique considérable, il faut le reconnaître, de la doctrine allemande. Mais au point de vue auquel nous voulons nous placer, il est permis de se demander si ce n'est pas précisément cette philosophie du droit qui est coupable, elle, qui sous le prétexte de construire des théories scientifiques, en arrive à obscurcir les questions les plus claires et à dissimuler les réalités concrètes sous des dissertations métaphysiques.

Nous ne voulons pas dire pour cela qu'elle doive être méprisée : loin de nous cette pensée. Ce que nous prétendons, c'est uniquement que ce rôle de la doctrine est entièrement distinct de celui de la législation et de la jurisprudence, et que les discussions théoriques éloignent parfois un peu trop de la réalité des choses. Nous sommes les premiers à admirer sincèrement les auteurs des remarquables travaux qui ont été inspirés par l'étude de la personnalité juridique et de ses conséquences ; mais nous pensons que pour résoudre les questions pratiques qui se posent à ce sujet, il importe de se maintenir en contact avec le droit positif et de ne pas les suivre trop loin, de peur de ne plus pouvoir redescendre des sommets nuageux où on se laisse entraîner par l'attrait d'une dialectique savante, aux hypothèses plus terre-à-terre, mais plus précises, qui seules, somme toute, sont la finalité du droit.

En matière juridique on est trop tenté de dépasser les faits positifs pour se livrer à la recherche purement spéculative des principes théoriques (1). Il ne faut ad-

(1) Sur cette idée voir MICHOUX, *La théorie de la personnalité morale*, I^{re} partie, chap. 1^{er}, p. 8 et s. ; et GÉNÈT, *Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif*.

mettre de l'abstraction que le minimum nécessaire et ne pas perdre de vue que le droit est fait pour régler les relations des hommes entre eux et non pour servir de base aux jeux de l'esprit. C'est là un excès dans lequel on est fréquemment tombé en matière de fondation et spécialement en matière de personnalité morale. Si bien qu'en France et en Allemagne les esprits sont tellement imbus de cette notion, considérée comme une réalité juridique, qu'il leur devient difficile de s'en débarrasser et de voir la réalité qu'elle cache, autrement qu'à travers ce prisme qui la déforme, ou qui du moins la décompose en ses éléments abstraits, dont la syntèse, opérée ensuite artificiellement, risque fort de conduire à l'erreur.

Il ne faut pourtant pas, comme on a voulu le faire par réaction, exclure les théories doctrinales, de la personnalité morale ; mais les jurisconsultes du continent paraissent trop portés à abuser de constructions juridiques qu'ils édifient en pleine abstraction, jusqu'à en arriver à oublier complètement les réalités extérieures qu'elles ont pour but d'expliquer et les institutions positives telles que les représentent le droit pratique et vivant.

A cela il peut y avoir plusieurs dangers :

D'abord cette tendance d'esprit porte inconsciemment « à envisager comme douées d'une réalité objective permanente, des conceptions idéales provisoires « et purement subjectives de leur nature (1) » à les considérer comme des fins en elles-mêmes et non comme de simples moyens pouvant favoriser une

(1) GÉNY, *op. cit.*

amélioration de la législation, soit particulière à un pays déterminé, soit internationale ; comme des hypothèses dont la portée est déterminée par la mesure dans laquelle elles facilitent la conception du droit et son progrès ; comme une base possible fournie par le raisonnement aux idées supérieures de justice et d'utilité sociale qui doivent inspirer les dispositions législatives et les solutions juridiques.

Ensuite il est à craindre, une fois ces constructions toutes subjectives tenues pour objectivement vraies, qu'on ne les considère comme devant nécessairement produire les conséquences qu'on en déduit par une logique inflexible, ignorante à la fois des exigences changeantes et variées de la vie et des prescriptions impératives de la loi (1).

Il importe enfin, de bien prendre garde que l'erreur ne se glisse point dans l'application aux faits positifs de la théorie édifiée sans en tenir compte, et qui mise en contact avec les difficultés de la pratique, peut révéler des lacunes qui avaient échappé aux esprits même les plus éclairés, mais trop imbus d'abstraction et préoccupés de déduction logique pour songer encore à la réalité.

Il ne faut pas croire, d'ailleurs, que le législateur ait le plus souvent pris parti sur ces problèmes théoriques. Faisant des lois simplement en vue de leur application, il n'a pas songé aux discussions qui s'élèveraient plus tard sur la recherche des systèmes abstraits qu'il avait

(1) A moins que, comme nous aurons occasion d'y insister dans la suite, ce ne soit précisément pour justifier certaines conséquences, qu'on construit telles ou telles théories, qu'on établit tel ou tel principe.

du adopter, mais auxquels, en réalité, il n'avait même pas songé. Toutes ces questions doctrinales ne se sont posées que parmi les auteurs qui les ont soulevées afin de pouvoir les étudier ensuite ; introduisant en droit privé une méthode dont les romanistes avaient, pour l'examen des textes anciens, inventé l'emploi et fait voir l'exagération, ils se sont ingénies à rechercher les opinions les plus intimes et les pensées les plus secrètes de gens qui ne les avaient jamais eues. Etudiant à la loupe leurs écrits et leurs paroles, dans le texte de la loi comme dans les travaux préparatoires, ils leur ont prêté les systèmes qu'ils supposent les avoir dirigés, tandis qu'en fait leur esprit était uniquement absorbé par les réalités de la vie juridique extérieure ; tirant d'un mot échappé par hasard et sans volonté préconçue, les intentions les plus subtiles et les idées les plus étranges, ils en font découler des conséquences importantes et des résultats innombrables : ils en arrivent à se suggestionner eux-mêmes sur la nécessité et la valeur absolue de l'interprétation qu'ils proposent.

Ce n'est pas à dire cependant qu'il faille ne voir là que des travaux scientifiques inutiles ou même dangereux au point de vue de la pratique. Outre leur utilité didactique qui est incontestable, ces constructions juridiques permettent seules de rendre compte de conséquences de fait qui s'imposent, de résultats positifs qu'on constate et dont la réalité des choses dégagée de toute abstraction serait impuissante à fournir une explication satisfaisante (1). D'autre part ces études théoriques de

(1) On en verra un exemple lors de l'examen et de la réfutation

la doctrine pourront mener à la découverte de solutions nouvelles applicables à des hypothèses pratiques « en « fécondant les raisons toutes concrètes des institutions, « au moyen de conceptions qui, jouant à leur égard le « rôle d'idées-forces, permettent d'en tirer des effets « inaperçus ou d'y rattacher de plus équitables con- « séquences (1) ».

Mais il ne faut presque toujours voir dans ces systèmes doctrinaux que des moyens de technique juridique en vue d'atteindre certains résultats pratiques ou de les faciliter, et ne jamais oublier que toutes les constructions idéales qu'on a pu concevoir, ne doivent pas être considérées comme le résultat nécessaire de principes immuables, mais comme de simples conceptions subjectives sans valeur propre, dont l'utilité est strictement mesurée par les services temporaires qu'elles peuvent rendre pour les progrès du droit, le développement de l'idée de justice et l'amélioration des relations sociales.

Dans tous les pays la fondation se présente comme une institution juridique destinée à remplir un même rôle d'utilité sociale, à satisfaire un même besoin identique sous toutes les législations. A savoir de consacrer un patrimoine plus ou moins important à la poursuite d'un but idéal à atteindre, avec l'assurance que l'affectation ainsi réalisée sera douée d'une perpétuité au

du système de la propriété collective, donné comme explication ou plutôt comme substitut de la personnalité morale.

(1) GÉNY, *op. cit.*, n° 61.

moins relative et dépassant en tous cas, les limites restreintes de la vie humaine, dont la durée éphémère ne permettrait pas de réaliser avec succès et de conduire à bonne fin une œuvre de longue haleine. Que ce soit en Angleterre, en Allemagne ou en France, la fondation, quel qu'aspect extérieur qu'elle adopte, quelque forme qu'elle paraisse présenter est au fond toujours la même. Et si on laisse de côté à la fois, toute théorie abstraite dont l'intérêt est surtout scientifique, et tous les détails d'application dont le but est de l'adapter mieux à l'esprit de la nation, au caractère de ses habitants, aux règles fondamentales de son droit général, pour n'envisager que la pratique, non dans les formalités purement contingentes qui obscurcissent les idées principales, mais dans les besoins auxquels répond la fondation, dans le résultat qu'elle poursuit, dans les conditions dont on juge indispensable de l'entourer, on constate que partout elle est semblable à elle-même.

Partout les questions à résoudre sont les mêmes et le problème se pose dans des termes identiques. Partout la même difficulté à concevoir sans une fiction quelconque, l'existence indépendante dans le droit et illimitée dans le temps du patrimoine affecté ; partout la même utilité à encourager et à faciliter la création d'œuvres généreuses ; mais partout aussi le même intérêt supérieur à surveiller étroitement le droit de fonder et le fonctionnement des fondations, pour les empêcher de devenir un danger économique ou un péril pour l'ordre public. Qu'y a-t-il donc d'étonnant à ce que les solutions adoptées malgré leur opposition apparente puissent être rapprochées les unes des autres jusqu'à en arriver à se confondre ; cela ne s'explique

t-il pas tout naturellement si l'on songe qu'elles dérivent toutes d'idées communes pour aboutir toutes au même résultat cherché. Ce qui les distingue d'une façon qui semble à première vue si profonde, c'est en dehors d'une question de mesure, cette technique juridique dont nous parlions tout-à-l'heure, et à laquelle il ne faut pas attacher plus d'importance que n'en méritent des constructions fragiles, sans réalité objective, dont le plan peut être bouleversé d'un jour à l'autre par une loi nouvelle.

Sous quelque législation qu'on se place, la fondation directe se distinguera toujours de la donation ordinaire par ces deux caractères spécifiques principaux : l'indépendance et la perpétuité.

Tous deux dépassent les pouvoirs de l'homme et rendent indispensable l'intervention de l'État pour remédier à son impuissance et compléter sa capacité trop restreinte.

Tous deux, même une fois la toute puissance juridique de l'État intervenue sous une forme plus ou moins directe dans la création de la fondation, montrent encore que l'homme est insuffisant pour lui servir d'appui et impliquent la nécessité d'une notion plus ou moins confuse, mais toujours existante, de personnalité morale.

PREMIÈRE SECTION

L'INTERVENTION DE L'ÉTAT DANS LA FONDATION

Les droits de surveillance et de contrôle de l'État sont reconnus dans tous les pays, soit au début, soit au

cours de la fondation. C'est ce qui résulte pour la France, de la nécessité, pour pouvoir établir une fondation nouvelle, de solliciter pour elle la reconnaissance d'utilité publique, et de la haute tutelle que l'Administration exerce sur les établissements qui, par l'obtention de cette qualité, sont considérés comme présentant un intérêt général ; pour l'Allemagne, des §§ 80 et 87, B. G. qui établissent l'obligation d'obtenir l'approbation de l'autorité administrative au moment de la création de la fondation et fixent explicitement les droits de transformation et de suppression que pourra par la suite exercer en cas de besoin cette même autorité ; pour l'Angleterre, du Statut d'Elizabeth de 1601, des pouvoirs reconnus à la *Charity Commission* (1) et de la théorie de la *Cy-près doctrine*.

§ 1. — Au moment de sa création.

L'État intervient toujours à la fondation aussi bien dans les législations germaniques où anglo-saxonnes que dans les droits français, italien, espagnol ou belge.

Sans doute on a bien soin de faire remarquer qu'en France la reconnaissance préalable obtenue du Conseil d'État est exigée pour que l'œuvre puisse acquérir une existence indépendante et soit considérée comme un organisme autonome, tandis qu'en Allemagne la fondation est créée par l'acte constitutif lui-même, acte entièrement privé, et nonobstant toute absence d'autorisation administrative ; que le refus même de celle-ci

(1) Ou depuis 1899 au *Board of Education* pour ce qui a rapport aux fondations scolaires.

à la requête adressée à l'autorité compétente afin de l'obtenir, n'entraîne même pas la disparition de la fondation qui subsiste sans être atteinte d'aucune nullité. Cette constatation faite on s'empresse de s'écrier que le système français est purement étatiste ; que c'est la consécration de l'omnipotence de l'administration ; la licence laissée au Conseil d'État d'admettre ou de repousser de la façon la plus arbitraire les désirs des particuliers ; la reconnaissance la plus complète de son bon plaisir vis-à-vis d'œuvres serviles dont l'existence est uniquement subordonnée au « fait du prince » ; qu'il est honteux d'en être encore là en face du système libéral du droit allemand. On s'indigne, on s'emballe sur des mots, et l'on croit avoir tout dit lorsqu'on a une fois pour toutes placé vis-à-vis l'une de l'autre comme les deux termes antithétiques d'une opposition absolue, la fondation de droit public et la fondation de droit privé.

Oui, fondation de droit public qui repose avant tout sur le droit privé des donations et des legs ! Oui, fondation de droit privé qui est subordonnée à l'obtention d'une autorisation administrative qui peut être refusée sans qu'il y ait à donner de motif et sans qu'il puisse être exercé de voie de recours ! Ce sont là des formules bien faites pour frapper l'imagination, mais qui ne recouvrent rien de bien réel.

L'interprétation large de la jurisprudence française a fait disparaître toutes les difficultés relatives aux fondations testamentaires, en admettant pour la reconnaissance d'utilité publique une rétroactivité de fait, analogue dans ses effets à la rétroactivité de droit, attribuée par le § 84 du code civil allemand à l'approbation administrative intervenant dans les mêmes cir-

constances, c'est-à-dire à une époque postérieure au décès du fondateur. On ne peut même trouver une différence véritable en ce que le droit français exige en principe qu'avant toute requête adressée à l'État l'œuvre soit organisée en fait et ait fait preuve de viabilité, tandis que le droit allemand se contente d'un simple projet tel qu'il résulte de l'acte constitutif ; on a vu en effet, que le Conseil d'État consent aujourd'hui avec beaucoup de raison, à passer outre à cette condition de fonctionnement d'essai, dans les cas où le fondateur de l'œuvre est mort sans avoir fait autre chose que la décrire suivant ses désirs dans le testament par lequel il la dote directement. Le seul point sur lequel le droit allemand se sépare d'après nous du droit français, est qu'il permet de donner pour but à la fondation un intérêt purement privé, au lieu d'exiger qu'elle poursuive un but d'utilité publique, ou au moins d'intérêt général. Mais cette constatation, qui au premier abord paraît être d'une certaine importance, se réduit presque à rien, pour peu qu'on y réfléchisse. Que pourra être une fondation poursuivant un but purement privé, sinon une fondation au profit d'un mort ; et quel exemple découvrir en fait de fondation au profit d'un mort, sinon une fondation ayant pour objet l'érection et l'entretien d'un monument ou d'un tombeau (1). On peut en effet remarquer que la seule perpétuité de la fondation suffit à la lier à l'intérêt public d'une façon forcée si elle est destinée aux vivants. Une œuvre devant profiter à un nombre indé-

(1) Les fondations de messes mises à part. Leur caractère privé ou public est en effet fort discuté. Nous examinerons plus loin, en note, cette question.

fini de personnes qui se succéderont les unes les autres, acquerra fatalement un caractère de bienfaisance ou d'utilité générale. Quel meilleur exemple en donner que celui fourni par un de nos anciens auteurs (1) qui semble avoir eu la prescience des questions qui viendraient à se poser dans l'avenir à propos des fondations. « Supposons, dit-il, qu'un testateur établisse ou lègue
« une rente perpétuelle de 300 livres dont les arrérages
« seront employés chaque année, à perpétuité, à doter
« la plus pauvre de ses parentes ou à faire apprendre
« un métier au plus pauvre de ses parents : ce sera là
« une fondation parce qu'une famille considérée ainsi
« dans son existence continuée et perpétuelle forme
« une sorte de corps aux intérêts duquel le ministère
« public doit veiller ». Un mort seul peut être éternellement bénéficiaire d'une œuvre créée à son profit ; et celle-là seule pourra en conséquence garder son caractère de fondation d'intérêt privé. Il en résulte qu'à supposer que l'autorité administrative donne un avis favorable, le droit allemand permettrait de donner la forme de la *Stiftung* à un patrimoine consacré exclusivement à un mort, c'est-à-dire à l'entretien de sa tombe, tandis qu'en France il faudra nécessairement recourir au procédé de la fondation indirecte par don ou legs modal à personne morale préexistante ; l'établissement public ou d'utilité publique recevra l'autorisation d'accepter la libéralité à lui faite, au moins si la condition d'emploi n'absorbe qu'une partie du patrimoine dont le surplus sera alors consacré à des buts plus utiles. Il

(1) DENISART, *op. et loc. cit.*, § 1, n° 1.

est peu à croire en effet, que le Conseil d'État admette une telle immobilisation de richesses en vue d'un but qui en ferait une perte sèche pour la société : il admettra au contraire, qu'une partie des sommes données ou léguées servent à honorer la mémoire du bienfaiteur de l'établissement gratifié : une telle hypothèse ne se présenterait donc pas avec le caractère d'une véritable fondation même indirecte. Ou plutôt ce ne pourrait être que l'accessoire d'une autre fondation ou d'une libéralité sans affectation spéciale. Au reste il est assez probable qu'en fait, il en serait de même en Allemagne, car il est bien naturel qu'un pays qui souffre d'un surcroît de population, veille avec un soin particulier à ce qu'une partie de ses biens ne soit pas immobilisée sans une utilité sociale évidente, et se montre sévère à l'égard d'une main morte dont, plus que tout autre part, on ressent les inconvénients et on aperçoit les dangers. Néanmoins la différence théorique subsiste, et il est certain que le caractère strictement privé d'une fondation n'est pas incompatible avec la notion de la *Stiftung* comme elle l'est avec celle d'établissement d'utilité publique.

C'est là, on l'avouera, bien peu de chose auprès de ce qu'on pouvait attendre pour justifier l'antithèse devenue classique (1). Car on ne peut vraiment prendre

(1) Il est vrai qu'on fait remarquer qu'entre l'autorisation administrative telle que l'entend le Code civil allemand et la reconnaissance d'utilité publique telle qu'elle est appliquée chez nous il y a des conséquences plus pratiques des différences de construction doctrinale et de conceptions théoriques. Certes dans les deux législations l'administration appréciera en toute liberté; mais le système allemand permettra fréquemment, dit-on, la fondation d'œuvres

au sérieux la prétendue existence de la *Stiftung* résultant directement de la volonté du fondateur avant toute autorisation, et même malgré un refus de l'administration. Tout d'abord elle serait presque purement théorique et ne pourrait conférer aucune capacité, donner aucun pouvoir, ni justifier aucun acte pratique. Mais surtout il n'est pas du tout sûr qu'elle existe.

qu'il est impossible de créer en France en les douant d'une vie indépendante. L'autorisation ira à l'initiative la plus modeste, pourvu que le but qu'elle poursuit présente une utilité en rapport avec l'importance du patrimoine qui y est consacré; pourvu que dans la mesure, si restreinte qu'elle soit, de ses forces, elle puisse rendre des services à la collectivité. La reconnaissance d'utilité publique au contraire, conférant en quelque sorte à l'œuvre qui l'obtient une espèce de dignité dans l'État, ne sera accordée qu'à des fondations relativement considérables. Que d'œuvres, bien que présentant une utilité incontestable, seront de trop minime importance pour pouvoir aspirer à ce titre orgueilleux d'établissement d'utilité publique, qui évoque dans l'esprit la vision d'une organisation puissante pourvue de ressources considérables et d'un rayon d'action étendu!

Cette observation contient une certaine part de vérité, et c'est certainement les difficultés qu'il y a à obtenir la reconnaissance d'utilité publique qui font que la fondation directe indépendante est encore en France relativement exceptionnelle. Mais il ne faut pas exagérer la portée de cette remarque : c'est là une simple question de mesure qui quoique d'un certain intérêt pratique n'a rien à voir avec les principes : ce n'est qu'une conséquence de l'application par des procédés différents d'une même idée directrice. La reconnaissance n'est qu'une forme d'autorisation et elle peut être consentie d'une façon plus ou moins large. C'est ainsi que tandis qu'en France le Conseil d'État ne l'accorde qu'avec une certaine parcimonie, l'administration italienne qui connaît, sous le nom de reconnaissance légale, une institution presque similaire se montre beaucoup plus large. Ne l'a-t-on pas vu par exemple accorder, il y a quelques années, à une association formée pour la reconstruction de la façade d'une église de Bologne, c'est-à-dire à un établissement essentiellement temporaire et très limité dans sa destination.

Le code civil fidèle à la réserve qu'il a adopté, n'a pas
« entendu prendre parti sur le problème théorique et
« doctrinal qui se posait, parmi les auteurs, sur le point
« de savoir quel était l'acte vraiment constitutif de la
« fondation et duquel elle résultait : était-ce l'acte
« (privé) de fondation, ou l'acte (public) d'approbation,
« ou le fait du transfert des droits constitutifs de son
« patrimoine ?..... Ici encore il ne faut pas chercher
« dans les dispositions admises par le code civil aucune
« intention d'adopter une construction juridique
« inflexible, destinée à développer par voie d'inter-
« prétation subséquente, toutes ses conséquences lo-
« giques (1) ».

Il ne faut donc voir là qu'une simple opinion doctrinale dominante sans valeur absolue. On peut en effet remarquer que l'octroi de l'autorisation administrative crée seule l'irrévocabilité ; que son refus entraînerait l'annulation de la fondation supposée préexistante. N'est-il pas plus simple d'en conclure qu'elle n'existe qu'à partir du moment où elle obtient l'approbation requise, et que l'existence de fait qu'elle peut avoir jusque là, comparable à celle de l'œuvre française non reconnue, est dénuée de toute valeur juridique. C'est ainsi que certains auteurs d'une autorité considérable nient la création de la personnalité juridique de la fondation par une simple volonté privée. Kohler (2) semble considérer que la volonté purement unilatérale du fondateur est, non pas précisément la création, mais seu-

(1) SALEILLES, *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand*, p. 104.

(2) KOHLER, *Recht der Stiftungen*, dans *Arch. für burg. R.*, t. III, année 1890, p. 229, 230.

lement le fondement, ou plutôt l'inspiration vivante de l'œuvre juridique à créer ; et Gierke (1) ne voit dans l'acte constitutif de la fondation qu'une offre faite à l'État de contracter envers lui une obligation en faveur des bénéficiaires de la fondation, dont il serait considéré comme le représentant légal.

La création de la fondation ne serait donc parfaite qu'après l'acceptation par l'État, intervenant sous forme d'approbation gouvernementale, de l'offre de contracter comprise dans la requête à fin d'autorisation adressée par le fondateur à l'autorité administrative compétente (2). On approche ici de bien près la théorie française dans laquelle l'État concède gracieusement la personnalité morale à une œuvre que son organisateur lui demande de vouloir bien reconnaître comme répondant à une utilité publique.

Ce qui est vrai c'est que le droit allemand, comme le

(1) *Bekker Beiträge*, p. 45-46; *Genossenschaftstheorie*, p. 12 et s.; *Deutsches Privat Recht*, § 78; Cf. SALEILLES, *op. cit.*, note sous le § 81, B. G., n° I, p. 99; n° III, p. 102; et n° IV, p. 104.

(2) M. Saleilles, quoique partisan convaincu de la réalité de la personne morale, reconnaît lui-même « que la théorie désignée sous le « nom de système de la création et d'après lequel, la fondation « comme le testament est un acte de création juridique par le seul « fait de la volonté autonome de l'homme, n'implique pas forcément que le droit à créer résulte immédiatement de l'acte de création ». SALEILLES, *op. cit.*, p. 104.

On peut, semble-t-il, invoquer l'emploi fait par le Code civil allemand dans son § 81 de l'expression « entre vifs » à propos de l'œuvre pour laquelle son fondateur réclame pendant sa vie l'autorisation administrative, pour soutenir que le législateur a bien vu dans la fondation un contrat, et non cet acte unilatéral entraînant création directe et immédiate de personnalité juridique, qu'on en présente aujourd'hui comme l'explication la plus généralement admise.

droit français, a compris la nécessité de laisser à l'État un très large pouvoir d'appréciation en cette matière. Cette liberté administrative souveraine, qu'elle se manifeste sous la forme un peu présomptueuse de la co-fondation, ou sous la forme théoriquement plus discrète, de l'autorisation, n'aura-t-elle pas dans les deux cas le même effet, comme dans les deux cas elle vise à remplir le même rôle. Elle pourra bien être exercée avec quelque arbitraire ; mais c'est là un inconvénient inhérent à la concession individuelle de la personnalité morale à chaque œuvre nouvelle, et le défaut est le même dans les deux législations.

C'est cet arbitraire qui se trouve forcément exclu en droit anglais par le principe de l'autorisation collective, antérieure à toute organisation ou conception, appliqué par le système des catégories légales du Statut d'Elizabeth ; mais sauf cette différence qui, en somme, n'est qu'une résultante de la forme de l'autorisation, la nécessité de la reconnaissance administrative y est également absolue. Pas plus qu'en droit allemand il n'est vrai de dire que la fondation peut résulter de la volonté unilatérale de fonder. Sans doute il suffira qu'une intention charitable soit nettement exprimée dans un testament, pour qu'on lui fasse produire un effet valable en dehors de tout bénéficiaire expressément gratifié ; mais il n'y aura pas plus fondation par acte unilatéral, que lorsqu'en droit français le Conseil d'État ou les tribunaux, pour permettre aux libéralités bienfaites de ne pas se trouver annulées faute de se trouver en concordance avec les règles de notre droit privé ou public, suppléent de leur propre autorité à l'absence de désignation d'un légataire capable de recevoir. Il n'y

a jamais là qu'une interprétation large et libérale ayant pour but d'assurer la possibilité de l'exécution de la volonté exprimée par un défunt, et non une reconnaissance de la force créatrice d'un acte unilatéral *sui generis*, de fondation. L'État est, en droit anglais, partie nécessaire à la fondation, comme il l'est en France et en Allemagne ; certains ont d'ailleurs regardé la *charity* comme une donation à laquelle le gouvernement peut être considéré comme participant (1). On voit combien est erronée et superficielle l'opinion commune qui consiste à répéter, sans autrement y réfléchir, que le libre droit de créer une œuvre nouvelle appartient dans sa plénitude en Angleterre ou aux États-Unis, à l'individu. Il suffit pour se convaincre de la fausseté de cette assertion, de se rappeler simplement que toute œuvre sortant des définitions données par le St. 43 Eliz. c. 4, telles qu'elles ont été étendues et sont aujourd'hui fixées par la jurisprudence des Cours, n'ont aucune existence et sont nulles de plein droit comme ne constituant pas de *charitable trusts*. Signalons d'ailleurs qu'il semble se dessiner en Angleterre même, une tendance vers l'établissement du système de l'autorisation individuelle accordée à chaque fondation nouvelle après constatation faite qu'elle satisfait aux conditions exigées par l'administration pour en reconnaître la validité (2).

Mais il reste encore une ressource aux partisans de

(1) LOWE, *Report of School Inquiry Commission. Evidence*, p. 5670.

(2) Voyez LORD HATERLEY, *Transactions of the Social science association*, 1859, p. 191 ; LORD SELBORNE, *Report of Schools Inquiry Commission. Evidence*, Q. 14, 215 ; C. ST. KENNY, *op. cit.*

la réalité de l'antithèse : c'est le droit suisse. Le droit suisse qui dans l'article 97 de l'avant-projet de 1901 du code civil (1) posait en principe, en tête de toutes les dispositions relatives aux fondations, que « la fondation est un établissement de droit privé » ; le droit suisse qui par l'article 81 de son nouveau code civil adopte la liberté absolue de fonder par simple acte authentique ou par testament, débarrassée de toute nécessité d'approbation ou de reconnaissance gouvernementale ; le droit suisse qui par la voix d'un de ses principaux représentants déclarait dans les travaux préparatoires qui ont précédé le vote de ce code « qu'un contrôle de « l'autorité en cette matière (des fondations) serait non « seulement contraire au droit en vigueur, mais encore « dépourvu d'utilité pratique (2) ». Et en fait on ne se fait pas faute de l'invoquer et de le présenter comme l'exemple le plus frappant et le type le plus pur de la théorie opposée au système français. Cependant on peut en poussant plus loin sa lecture observer, que si le code civil suisse ne requiert au moment de la constitution de la fondation que de simples formalités de réalisation des plus faciles (3), il donne le droit à l'autorité de surveillance de compléter les indications insuffisantes données par le fondateur dans l'acte constitutif (4) et, semble-t-il, par cela même, le droit de modifier pour les rendre licites et d'exécution possible les dispositions ou

(1) Code civil suisse. Avant-projet du département fédéral de justice et de police. Berne 1900.

(2) Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du département fédéral de justice et de police de 1901. Berne 1901, p. 79.

(3) C. C. S., art. 81.

(4) C. C. S., art. 83.

conditions, que par suite de son ignorance du droit, il aurait commis l'imprudence d'y insérer. Ces règles adoptées par le code ont à la fois pour but de remédier à l'absence d'autorisation et de tenter, autant que possible, de sauver l'œuvre en lui fournissant les bases d'une existence juridique conforme aux dispositions générales du droit public et du droit privé par interprétation de la volonté présumée du fondateur. Au besoin on ira même plus loin, et s'il est reconnu impossible d'organiser la fondation conformément à la destination prévue par son auteur dans l'acte constitutif, le capital affecté sera attribué à une œuvre voisine se rapprochant le plus possible par son objet de celle dont le fonctionnement n'a pu être réalisé ou admis. Si bien qu'en somme, le droit suisse qui paraît repousser, au premier abord, toute intervention de l'État dans la constitution de la fondation, en arrive à lui donner des pouvoirs plus étendus que tout autre, puisqu'au principe du tout au rien, du refus d'admission ou de l'acceptation pure et simple, il substitue un droit d'appréciation et de transformation initiale.

C'est là ce qui explique pourquoi M. Huber a pu écrire dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de 1901 à la fin de la phrase citée tout à l'heure, qu'une autorisation administrative préalable serait « dépourvue d'utilité pratique ».

§ 2. — Au cours de l'existence de l'œuvre.

Si au lieu de considérer le moment de la naissance de la fondation, on porte les yeux sur la durée de sa

vie ou sur l'époque de sa mort, on trouve entre les législations que l'on présente comme si opposées une affinité peut-être encore plus étroite au lieu des différences essentielles qui nous sont annoncées. Toutes s'accordent à reconnaître à l'État sur la fondation en cours d'exercice le droit de surveillance et de transformation.

C'est là, on l'a vu notre opinion pour le droit français qui n'a cependant jusqu'ici confirmé ce principe par aucune disposition légale. Opinion fort combattue d'ailleurs et qui fait l'objet d'ardentes controverses. Etrange chose ! c'est justement dans le droit où la fondation est accusée d'être « exclusivement de droit public », qu'on nie un pouvoir reconnu à l'État sur elle, dans tous ceux où on l'admire comme étant « exclusivement de droit privé » !

La principale des questions soulevées à ce sujet est relative à la dévolution des biens de la fondation ou de l'établissement supprimé ou disparu.

D'une part nous repoussons la théorie assimilant entièrement la disparition d'une personne morale à la mort d'un particulier qui ne laisserait aucun héritier au degré successible, théorie dont la conséquence serait d'attribuer à l'État, c'est-à-dire au fisc, par application des articles 539 et 713 du code civil comme biens vacants et sans maître le patrimoine entier, libre de toutes charges de l'entité juridique disparue (1). C'est là une fâcheuse conséquence de l'exagération donnée à la fiction de personnalité morale. Il ne faut

(1) PORTALIS. *Discours et rapports sur le concordat*, p. 412 et 422 ; LAURENT, *Droit civil*, t. I, p. 316 ; VAUTHIER, *Personnes morales*, p. 345, 346 ; DUCROCQ, *droit administratif*, 7^e édit, t. VI, p. 104.

pas oublier que ce n'est là qu'une explication pratique de l'indépendance du patrimoine affecté.

D'autre part nous nous refusons à admettre le système, entièrement opposé et également extrême, qui voudrait, soit répartir entre les membres de l'établissement supprimé les biens dont, dit-on, ils étaient propriétaires sous la fiction de la personnalité morale (1), soit considérer que les bénéficiaires éventuels de la fondation ont des droits effectifs sur un patrimoine, propriété d'une personne juridique qui ne serait pas autre chose que la manifestation réelle de leurs intérêts communs (2).

On peut observer combien cette doctrine utilise indifféremment, suivant qu'elle croit pouvoir mieux repousser ainsi l'intervention de l'État, les théories adverses de la réalité et de l'irréalité des personnes morales. Mais on ne voit pas bien comment, dans l'hypothèse d'une fondation, qui nous intéresse plus spécialement, on parviendrait à répartir le patrimoine affecté entre des bénéficiaires individuels indéterminés et le plus souvent indéterminables, ou même parfois impossibles à découvrir et qui, en tous cas, ont été considérés par le créateur de l'œuvre, moins comme une fin, que comme le moyen employé pour poursuivre et réaliser une idée de bienfaisance générale et abstraite.

Aussi n'est-il pas à la fois plus pratique et plus équitable, tout en partant de ce même principe, à savoir

(1) Cf. PLANIOL; DE VAREILLES-SOMMIÈRES, et tous les autres partisans de la théorie de Ihéring remplaçant la notion de personnalité morale par celle de la propriété collective.

(2) MICHOUX, la théorie de la personnalité morale).

que les biens des personnes morales, à but non lucratif, disparues, et particulièrement des fondations, ne sont pas des biens vacants, mais des biens grevés d'une affectation déterminée ; de décider que le meilleur moyen de leur permettre de continuer à remplir leur rôle est de confier à la seule autorité qui en est capable, c'est-à-dire à l'État, représenté par les organes supérieurs de son administration (1), ou par une commission particulière (2), le soin d'organiser une attribution nouvelle du patrimoine qui concilie son affectation primitive, c'est-à-dire les intentions du fondateur ou testateur, avec l'intérêt public (3).

La fondation directe indépendante poursuivant un but d'utilité publique, d'intérêt général, reconnue ou autorisée par l'État, revêt le caractère d'un service public. Par cela même elle tombe sous la surveillance et la haute tutelle de l'Administration, et sort de la sphère du droit privé. Aussi croyons-nous une erreur certaine, de lui appliquer les dispositions du droit commun, et notamment au cas de suppression et de transformation les articles 953 et suiv., 1046 et 1184 du code civil tendant à reconnaître la validité de la révocation de la fondation pour inexécution des charges ou conditions. En l'absence de toute stipulation d'un droit de retour, le fondateur abdique tant en son nom personnel qu'en celui de ses héritiers, tous ses droits sur le patrimoine transmis à

(1) Systèmes français et allemand.

(2) Système anglais, projet SALEILLES.

(3) Cf. GRUNEBaum-BALLIN. *La séparation des Églises et de l'État*. 1905, t. 110 et s.

la personne morale créée par l'État. La validité de la stipulation, par le fondateur, d'une réserve de ses droits est d'ailleurs fort discutable dans l'état actuel de notre législation. Un avis du Conseil d'État du 30 mars 1822 et un arrêt de la Cour de Paris du 2 juin 1893 (1) sont venus déclarer l'illégalité et la nullité d'une telle clause par application de l'article 896 prohibant les substitutions (2). La même solution restrictive paraît prévaloir en Italie (3) et en Belgique (4). La chambre belge vient tout récemment encore de montrer qu'elle n'admet pas qu'on restreigne les droits de l'État ou qu'on transige sur eux : c'est pour la défense de ce principe que sur la question du Congo, la grande majorité des membres du Parlement, hostile au système qui caractérisait le premier traité de cession, à savoir la fondation de la couronne, repoussa les propositions du roi et rendit nécessaire la réouverture des négociations avec l'État indépendant et la rédaction d'un nouveau traité sauvegardant absolument la souveraineté de la Belgique.

(1) D. 4893, II, 513.

(2) Voyez cependant en sens contraire Geouffre de Lapradelle, *op. cit.* p. 318 et s. et la note de M. Planiol sous l'arrêt cité.

Peut-être faudrait-il distinguer entre le cas, considéré comme attentatoire aux droits de l'État, où il s'agit d'une clause de retour aux héritiers ou à un établissement privé, et celui où le fondateur a désigné, en cas de suppression de son œuvre l'établissement public ou d'utilité publique à qui il désirerait que le patrimoine qu'il y avait consacré soit dévolu. Il n'y aurait là qu'une indication devant servir de guide, en cas de transformation, pour l'interprétation de sa volonté.

(3) GIORGI. *Dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*. (Firenze 1889-1897 6 vol.) t I. p. 499.

(4) LENZ. *Dons et legs aux établissements publics*, II, p. 3.

Si le droit allemand permet au contraire au fondateur de prévoir d'avance la disparition de l'œuvre et de régler pour l'avenir, dans l'acte constitutif lui-même, la dévolution des biens, ce n'est là que l'application du droit commun qui, loin de prohiber les substitutions comme en droit français, permet au contraire de rédiger le testament d'autrui quant aux biens qu'on lui transmet et admet la validité de la succession en sous ordre.

On peut observer d'ailleurs, que si l'intention même du fondateur est violée par l'opinion soutenue par Portalis, en France (1), par Giorgi en Italie (2), par Tielemans en Belgique (3), et par certains arrêts de la Cour de cassation de Bruxelles, et consistant à voir dans l'État « le titulaire réel de la fondation (4) » ce qui l'autoriserait à disposer de ses biens par une mainmise égoïste, quand et comme il le voudrait, c'est au contraire observer cette intention, que d'assurer un renouveau de vie à l'œuvre, que de lui permettre d'échapper à une décrépitude fatale par quelques modifications apportées à ses statuts ; que d'assurer même, au besoin, au patrimoine, une nouvelle destination, la plus voisine possible de la première devenue de réalisation impossible. N'est-ce pas là observer plus strictement et plus fidèlement la volonté présumée du fondateur, que de permettre à des héritiers peut-être parents très éloignés de le revendiquer.

(1) *loc. cit.*

(2) *op. cit.*

(3) *Droit administratif*, VII. V^o Fondation.

(4) Conclusions de l'avocat général. Mesdach de ter Kiele devant la Cour de Cassation belge, Pasicrisie, 1886, 1, 424).

En effectuant la fondation, son auteur a clairement montré qu'il préférerait déshériter, au moins en partie, sa famille, pour consacrer une portion de sa fortune à la poursuite d'une idée généreuse de bienfaisance ou d'utilité sociale : les désirs des morts doivent être respectés.

Cette interprétation et cette solution nous paraissent indiscutables tant pour les fondations directes indépendantes (qui toutes, au moins en France, visent l'intérêt public) que pour les fondations par dons ou legs à une personne morale préexistante, qui ne seraient pas faites dans un pur intérêt privé. L'État peut supprimer une fondation : c'est son droit en tant qu'appréciateur souverain de l'ordre public. Mais il agit comme juge, non comme propriétaire : Si la fondation poursuit un but d'utilité générale, l'État, gardien des intérêts collectifs, pourra considérer très justement qu'il est préférable que ces intérêts ne souffrent pas de la suppression ; il ne fera pas rentrer les biens dans le patrimoine dont ils sont sortis ; mais il devra, par observation de l'intention présumée du fondateur, les attribuer à une œuvre sociale dont l'objet sera aussi rapproché que possible du but primitif. C'est là l'intérêt de l'État car ce n'est qu'ainsi qu'il encouragera la bienfaisance et pourra attirer des libéralités nouvelles. Mais ce n'est pas une simple condescendance de sa part : il y a, à la charge de l'État, une véritable obligation d'observer dans la mesure du possible la volonté du fondateur ; non pas seulement une obligation morale comme le dit Giorgi, mais une obligation stricte, conséquence directe du droit reconnu à un défunt de disposer librement de ses biens par testament, seule concordante avec le prin-

cipe qu'il ne peut être porté atteinte à la propriété que lorsque l'utilité publique rend nécessaire une expropriation qui n'est jamais effectuée sans indemnité. Tel est l'effet que, dans notre théorie, nous attribuons à la notion d'affectation.

Si au contraire la fondation a été faite dans un intérêt strictement privé [ce qui sera toujours très rare et ne pourra en France se présenter que comme charge accessoire d'une fondation indirecte] ce serait méconnaître la volonté du fondateur que de transformer le but initial en un but d'intérêt général : son mobile a pu être purement égoïste et nullement altruiste. Aussi semble-t-il qu'à défaut d'exécution de la charge, le fondateur ou ceux qui le représentent, pourraient se prévaloir pour demander la révocation de la donation ou du legs, des articles 953 et 1046 du code civil s'il y a encore possibilité d'exécution (1) et selon nous, au moins dans certains cas, de l'article 1131 primant l'article 900 s'il survient une impossibilité absolue : l'ordre public n'est pas en jeu. Remarquons d'ailleurs à ce propos, que cette dernière hypothèse est presque purement théorique (2), car on doit se livrer à un véritable effort d'imagination pour trouver un exemple apte à se présenter. Ainsi il faudrait supposer une fondation ayant pour objet l'édification et l'entretien du tombeau de son auteur dans un lieu strictement déterminé par lui comme l'élément essentiel de sa volonté, sur le sommet d'une colline par exemple, qui viendrait dans la suite à être

(1) Cf. GRUNEBaum-BALLIN, *op. cit.* p. 184.

(2) Toute question de fondations de messes mise à part. Voyez ci-dessous, p. 191 en note.

expropriée pour cause d'utilité publique afin d'y construire un fort.

Aujourd'hui toutefois les droits de l'État sur les fondations paraissent généralement admis et appliqués en France. C'est sur cette idée que s'appuie le projet de loi, voté à la Chambre en Novembre et Décembre 1907 et actuellement soumis au Sénat, à propos des fondations de messes, dont l'exécution est devenue impossible faute de titulaires, depuis la loi du 9 Décembre 1905 sur la séparation de l'Eglise et de l'État, par suite de la non constitution des associations culturelles qui y étaient prévues (1).

(1) On peut tirer de là un argument *a fortiori* pour les autres fondations plus nettement d'intérêt public.

La solution de la question soulevée par la revendication des fondations de messes nous paraît dépendre directement et logiquement, d'après le système exposé ci-dessus du caractère qu'on doit leur attribuer, sans qu'il soit besoin d'attaquer l'interprétation jurisprudentielle de l'article 900, c. civ. (Contre cette interprétation voir : HUC, *Droit civil*, t. VI. p. 60-69 et 75 ; DEMOLOMBE, XXIV, p. 335 n° 352 ; BARTIN, *Conditions impossibles*, t. 370 ; GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *op. cit.* p. 273-277 ; GRUNEBaum-BALLIN, *op. cit.* p. 161 ets. On peut aussi en faveur du maintien de la fondation après rejet pur et simple des conditions illicites et impossibles citer l'opinion des canonistes tels que l'Abbé ANDRÉ, *Cours de législation ecclésiastique*, III p. 439 et DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire du droit canonique*. V^e Fondation), théorie qui peut être précieuse dans bien des circonstances pour tempérer la portée trop brutale d'une disposition dont la rigueur ne s'explique qu'historiquement (Cf. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*. t. III, 3^e éd. 1905, p. 713 n° 329 et s.)

Si l'on voit dans la fondation de messes un contrat synallagmatique (louage d'ouvrage, art 710 et s. C. civ.) ou une fondation d'intérêt purement privé les revendications seraient légitimes (V. note de M. A. Tissier, sous Caen, 3 déc. 1902, S. 1906, II, 25) ; dans le cas contraire elles devraient être repoussées d'une façon absolue (à cet égard le projet de la loi nous paraît faire une concession purement

Mais si toutes les législations étrangères admettent sans difficulté le droit de transformation de l'État à l'égard des fondations, toutes aussi considèrent que

gracieuse à l'opinion contraire à celle sur laquelle il repose, en admettant dans un certain délai l'action des auteurs et de leurs héritiers en ligne directe, art. 3). Il est bien certain que dans la fondation de messes l'intention généreuse et altruiste du fondateur qu'on suppose préférer une œuvre de bienfaisance à ses héritiers, n'est pas parfaitement évidente. Aussi comprend-on que de nombreuses décisions des tribunaux et des cours d'appel soient venues admettre la validité des actions en reprise, exercées par les auteurs des libéralités ou leurs héritiers en écartant l'application stricte de l'article 900 C. civ. par la théorie si fortement établie de la cause impulsive et déterminante appuyée sur l'article 1131 qui prononce la nullité de l'obligation sans cause ou fausse cause ou sur une cause illicite. (On trouvera l'énumération des décisions les plus importantes dans la Revue trimestrielle de droit civil 1907 p. 668 et 1908 n° I. notes parlementaires).

Mais on peut soutenir que la fondation de messes est moins faite dans l'intérêt purement privé d'un individu déterminé que pour l'utilité des ministres du culte ou l'avantage général des fidèles ce qui constitue un but de bienfaisance engendrant le droit de transformation.

On peut à cet égard invoquer d'une part la rédaction des textes sur lesquels seuls peuvent s'appuyer les fondations de messes (à moins de supposer qu'elles n'aient toujours été illégales). On sait que par son titre 1^{er} (dispositions fondamentales confirmant le décret du 2 novembre 1789) la constitution de 1791 avait mis fin à toute propriété ecclésiastique, en plaçant les biens du clergé sous la main de la Nation. Les décrets du 3 Ventôse An III et du 7 Vendémiaire an IV, sur l'exercice des cultes, tendaient à empêcher d'une manière absolue cette propriété de renaître, en interdisant toute dotation quelconque pour subvenir aux dépenses du culte. Or par l'article 15 du Concordat du 23 Fructidor An IX le Gouvernement s'engageait vis-à-vis du Saint-Siège, qui par l'article 13 se résignait au fait accompli de la suppression totale des biens du clergé, à prendre les mesures nécessaires pour que les catholiques français puissent s'ils le voulaient, faire *en faveur des Eglises* des fondations. Pour satisfaire à cette promesse le Gouvernement français régle-

leur patrimoine est grevé d'une affectation en faveur d'un but d'intérêt général et collectif. Cette affectation est une modalité juridique spéciale de la propriété

menta la matière des fondations religieuses par l'article 73 de la loi organique du 18 germinal an X en autorisant les fondations pour *l'entretien des ministres et l'exercice du culte*, sans faire aucune allusion à cette libéralité sous condition, d'intérêt privé, mitigée de contrat à titre onéreux, dont on voudrait faire aujourd'hui le caractère spécifique des fondations de messes. La loi du 2 janvier 1817 n'a fait que modifier l'article 74 de la loi de l'An X en supprimant toute restriction relative à la nature des biens qui pourraient faire l'objet de fondations ecclésiastiques, et quant au concordat du 11 juin 1817 il n'y a pas à en tenir compte car, faute d'avoir été sanctionné par le pouvoir législatif il est demeuré à l'état de projet tombé devant la révolte de l'opinion.

Il est possible d'autre part de se recommander de l'avis des anciens canonistes, dont DENISART (*Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*. t. VIII, p. 703, V^o Fondations.) donne un résumé assez fidèle en ces termes : §1. n^o 1. « Les fondations doivent avoir pour objet un avantage public.... C'est un caractère propre aux fondations d'être sous la protection et l'inspeption des officiers publics : ce qui suppose dans leur objet un intérêt supérieur à l'intérêt purement privé d'un individu. On demandera peut-être comment, d'après cette observation, on peut mettre dans la classe des fondations certains établissements, par exemple, celui d'une messe qu'un particulier aura ordonné être dite pour le repos de son âme. La réponse est facile lorsqu'on fait attention aux principes de la doctrine catholique plutôt qu'aux expressions que l'ignorance ou l'usage font employer sans assez de précaution. Le mérite du sacrifice de la messe ne s'applique point à tel ou tel d'après des conventions faites entre les hommes ; ce serait une erreur grossière de croire que celui qui fonde une messe en recueillera moyennant l'argent qu'il a donné, le fruit, à l'exclusion des autres fidèles. Le sacrifice est offert pour toute l'église : Dieu le reçoit et accorde en considération de ce sacrifice les grâces qu'il daigne attribuer. La demande de l'oblation du sacrifice, l'aumône faite à un prêtre pour le mettre en l'état de l'offrir, sont des actes méritoires qui peuvent engager Dieu à appliquer à l'auteur de la fondation une plus grande part dans le fruit du sacrifice ; mais ce sacrifice est toujours offert au nom de

atténuant les conséquences de la théorie qui voit dans l'État représentant de l'intérêt public le propriétaire des biens des fondations et limitant son pouvoir sur eux.

« l'église et pour l'église. De pareilles fondations ont donc pour « objet l'avantage de toutes les personnes dont l'église est com-
« posée. »

Cette réponse, émanant d'un auteur non suspect de prendre une part quelconque aux luttes politiques d'aujourd'hui, est parfaitement nette et précise. Denizart semble avoir prévu le conflit actuel et avoir répondu d'avance à la question : Oui, les fondations de messes sont des fondations faites dans un intérêt général.

Cependant en réalité il paraît indubitable que de telles fondations auront le plus souvent été faites soit dans un but purement égoïste, soit tout au plus dans l'intention stricte de contribuer à l'éclat du culte catholique. On voit que, si la question se pose pour qui sait la réduire à ses éléments, en termes assez simples, la résolution n'en laisse pas moins de d'être fort délicate.

Aussi le Gouvernement a-t-il pensé que pour obvier aux décisions contradictoires que pourraient rendre les tribunaux en cette matière, il importait de déterminer par une loi interprétative le sens et l'esprit de la loi de 1905. Le texte voté à la Chambre attribuait aux bureaux de bienfaisance les biens des fondations de messes ; la grande majorité du Sénat adoptant en principe le droit de transformation, mais considérant qu'on ne pouvait attribuer aux établissements d'assistance les biens ecclésiastiques grevés de fondations pieuses, sans transmettre en même temps à ces établissements, l'obligation de remplir les charges correspondantes se rallia, ainsi que le gouvernement, à un amendement qui décidait que les versements nécessaires pour l'acquittement des charges pieuses et les fondations de messes seraient versés aux sociétés de secours mutuels pour les vieux prêtres, instituées par la loi de 1905.

Le projet de loi, tout en consacrant le droit pour l'État de transformer les fondations devenues impossibles ou illicites, tient cependant compte de l'opinion adverse puisqu'il ne fait obstacle d'une façon absolue qu'aux revendications dirigées par des héritiers collatéraux. C'est une solution transactionnelle. La Révolution au contraire, après avoir confisqué les biens du clergé comme biens des pauvres et supprimé toutes les fondations religieuses n'avait accordé à leurs auteurs aucun droit de revendication.

C'est en effet sur cette théorie de l'« *affinità del scopo* » que se sont fondées les lois italiennes de 1866, 1867, 1873 et 1890, qui ont supprimé ou complètement transformé de nombreuses fondations religieuses, charitables ou scolaires qui depuis leur création, remontant parfois à plusieurs siècles, étaient demeurées immuablement consacrées à un but suranné ou même, en fait, disparu. C'est elle aussi qui se retrouve sous l'article 39 du code espagnol. C'est elle encore dont le Parlement belge a fait en 1863 l'application, lorsqu'il a enlevé à l'Université catholique de Louvain une partie des bourses d'études fondées en sa faveur dans les siècles passés et les a transformées en bourses au profit des élèves fréquentant les Universités de l'État et même l'Université libre de Bruxelles. C'est elle enfin dont a usé le Pape Léon XII lui-même, lorsque, conformément d'ailleurs aux règles canoniques, il a modifié et unifié l'administration des fondations établies dans la ville de Rome.

Le § 87 du code civil allemand s'inspire de la même idée en déclarant expressément que lorsque l'objet désigné à la fondation sera devenu de réalisation impossible ou risquera de compromettre l'intérêt public, l'autorité compétente aura le droit d'en transformer le but ou même de la supprimer radicalement.

Le code civil suisse l'admet également dans ses articles 85 et 86 qui donnent à l'autorité de surveillance le pouvoir de modifier l'organisation ou l'objet même de la fondation qui, au bout d'un certain temps d'existence, paraîtrait manifester des vices graves ou présenter des dangers.

De même, en Angleterre, le rôle des *Charity Commissioners* et toute la théorie si importante de la *Cy-*

près doctrine en dérivent. En dehors de leurs pouvoirs de juridiction gracieuse, leur surveillance et leur contrôle est organisé de la façon la plus efficace. Non seulement ils dressent annuellement un rapport général (1) exposant d'une façon précise la situation exacte de toutes les fondations anglaises et écossaises (2) sur lesquelles ils sont tenus de donner leur appréciation ; mais ils se livrent, dans tous les cas où ils le pensent utile, à des enquêtes spéciales sur celles dont ils auraient pu constater l'organisation défectueuse ou l'organisation peu régulière. Souvent aussi leur immixtion sera provoquée par la plainte des bénéficiaires accusant les *trustees*, ou de l'un d'eux accusant un de ses collègues de s'être rendu coupable d'un *breach of trust*. Leur ingérence est donc ici plus étroite que le contrôle supérieur des droits français, allemand ou suisse car ils surveillent les fondations jusque dans les plus petits détails de leur administration, se faisant rendre compte par leurs organes du résultat de leur gestion, et rendant ainsi impossible toute dilapidation des revenus. Cela ne regarde qu'indirectement l'intérêt de l'État et l'ordre public ; mais les *Charity Commissioners* sont considérés dans une certaine mesure comme chargés de défendre les intérêts des bénéficiaires, souvent indéterminés, et presque toujours trop faibles, pour pouvoir agir eux-mêmes au contentieux devant la *Chancery Division de la High Court of justice* ou les *County Courts*.

(1) *Reports of the Charity Commissioners for England and Wales. — Reports of the Board of Education.*

(2) L'Irlande est soumise à un régime spécial fixé aujourd'hui par les St. 7 et 8 Vict. qui ont remanié le système établi en 1880 par le St. 40 Geo III, c. 75 voté par le Parlement irlandais.

Tout ceci ne constitue pas encore la fonction principale des *Charity Commissioners* ; ils ont un rôle plus important et absolument parallèle à celui de l'autorité de surveillance dans les pays continentaux : c'est celui qui consiste à appliquer par leurs *orders* et leurs *schemes* la *Cy-près doctrine* (1). Et cette *Cy-près doctrine* est une théorie qui dépasse de beaucoup les attributions que l'on voudrait refuser en France au Conseil d'État. Peut-être l'analogie est-elle plus grande avec le droit suisse. En admettant une fondation valable c'est-à-dire présentant les caractères officiels des *charitable trusts* il peut arriver que l'acte qui la constitue soit tout à fait insuffisant pour en régler le fonctionnement et l'administration ; son but même, peut n'être pas nettement déterminé, ou encore il peut être insignifiant ou mal choisi. Dans toutes ces hypothèses un *scheme* interviendra pour compléter ou rectifier (2) la volonté du fondateur tout en tenant, dans la plus large mesure possible, compte des intentions qui l'ont guidé dans son acte charitable. Ce sera également un *scheme* des *Charity Commissioners* qui viendra, s'il en est besoin, apporter des modifications aux statuts de la *charity* ou lui attribuer un autre but en remplacement du premier devenu impraticable ou nuisible. On voit donc que le droit anglais assure d'une façon particulièrement efficace et étroite la surveillance des fondations ; il part de cette idée qu'elles sont sous la sauvegarde de l'État qui doit toujours se préoccuper d'assurer leur protection et

(1) Voir l'examen d'exemples pratiques et d'espèces intéressantes. ESCARRA, *op. cit.*, p. 215 et s.

(2) Transformation des fondations de *doles* (Voir en note I^{re} partie, ch. I au texte).

de les utiliser de la façon la plus avantageuse pour le pays. La *Cy-près-doctrine* a été un instrument d'une souplesse et d'une puissance remarquables entre des mains aussi adroites que prudentes.

Le système anglais qui donne à une commission particulière la fonction spéciale de surveiller les fondations au lieu de faire exercer directement ce rôle par les organes officiels d'administration générale de l'État, paraît présenter certains avantages. Toutefois, l'idée reste la même, c'est là une simple différence de procédé ; ce n'est pas à nous à rechercher quel est le meilleur. Mais nous observerons que les voies de recours contre une mesure arbitraire sont, en dehors de l'Angleterre où les *trustees* ou les bénéficiaires de la fondation peuvent se plaindre du *scheme* de la *Charity Commission*, en appeler aux tribunaux judiciaires et épuiser tous les degrés de juridiction (1), assez mal déterminés, et ceci non seulement pour la France qui n'a sur ce sujet aucun texte positif (2) mais aussi en Allemagne et en Suisse où

(1) Affaire Campden. In re Campden Charity, L. R. XVIII, ch. D. p. 310, 333.

(2) M. le professeur Saleilles qui s'occupe beaucoup des réformes à adopter à notre régime des fondations, voudrait voir établir en France une commission spéciale assez analogue à la *Charity Commission* et qui constituerait une autorité de surveillance tutélaire ayant à la fois une compétence particulière et une indépendance absolue. Le Conseil d'État et les tribunaux judiciaires sont, dit-il, déjà encombrés d'attributions ; d'autre part ils ne peuvent prendre d'initiative : il faut qu'ils soient saisis. Quant au Parquet il n'agit d'office que pour violation de la loi. De plus, l'autorité de surveillance devrait pouvoir faire des inspections et des enquêtes auxquelles ne pourraient se livrer les corps judiciaires. Pour ce qui est du Conseil d'État, M. Saleilles fait à sa compétence une objection reposant sur une raison de droit : L'autorité de surveillance ne doit pas

les §§ 87 et 88, B. G. d'une part, les articles 83, 85 et 86 du code civil suisse d'autre part, paraissent insuffisants et se contentent de déclarer qu'on devra autant que possible prendre l'avis du Conseil d'Administration de l'œuvre et se guider sur la volonté présumée du fondateur ; que celui-ci pourra, soit s'opposer à la remise du capital aux mains d'une autre fondation voisine par son objet de la première, soit régler dans l'acte constitutif la dévolution du patrimoine de la fondation pour l'époque de sa disparition, ce qui ne met pas obstacle du reste à une transformation qu'on pense correspondre aux intentions véritables du créateur de l'œuvre, plus exactement qu'une suppression pure et simple suivie de liquidation.

Ce qu'il faut retenir c'est que toutes ces législations sont unanimes à reconnaître la nécessité de la surveillance de l'État lors de la création d'une fondation nouvelle comme au cours du fonctionnement des œuvres déjà existantes. On a vu que la mesure dans laquelle notre Conseil d'État exerce les droits qui lui reviennent, est bien modeste à côté des pouvoirs que toutes les législations qu'on a l'habitude de nous présenter comme des exemples donnent à l'autorité qui remplit le rôle

pouvoir être juge des questions contentieuses qu'elle pourrait soulever ; c'est là la garantie essentielle des initiatives individuelles. De plus, le Conseil d'État ne peut se servir de juge d'appel à lui-même, pas plus qu'aux tribunaux de droit commun. Pour rendre l'appel possible, il faudrait donner compétence aux conseils de préfecture ; mais ils ne sont pas d'une compétence suffisante et sont trop dans la main du préfet. Il serait donc préférable de donner compétence à une commission spéciale ; les appels de ces décisions seraient portés au Conseil d'État (M. Saleilles à son cours).

analogue à celui dont il est chargé. Il est même remarquable que c'est l'Angleterre, pays dont les institutions et le droit tout entier sont célèbres par leur caractère libéral, pays dont les habitants sont imbus d'un individualisme poussé jusqu'à l'excès, qui a organisé de la manière la plus stricte le contrôle des fondations ; à tel point qu'on pourrait en déduire que la sévérité de leur réglementation est en raison directe du libéralisme de la législation générale. Et ceci n'est pas un paradoxe ; car il est facile de concevoir, que là où l'individu est considéré en lui-même comme la grande force de la nation, comme un élément éminemment respectable dans sa liberté la plus entière et ses sentiments les plus intimes, on ait comme principal objectif de laisser le champ libre à son initiative, d'assurer la complète indépendance de son action et l'entière efficacité de sa volonté, en le protégeant contre les empiètements des générations passées sur la plénitude de ses droits.

C'est cette même idée qui a guidé en 1793 les rédacteurs de la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen quand ils ont par l'article xxviii déclaré illégitime le droit de fonder. En Angleterre on n'a pas été jusque là ; mais on n'a accepté que les fondations poursuivant un but charitable, et on les a soumises à une surveillance plus étroite que partout ailleurs qui ne craint pas de pénétrer dans les plus petits détails de l'organisation et de la gestion. A ce sujet on peut faire une seconde constatation intéressante ; c'est que c'est à l'efficacité si réelle du système qui y a été adopté et parfois à la hardiesse si grande qu'on y montre pour l'interprétation et la transformation des fondations qu'est dû en grande partie l'essor considérable qu'elles y

ont prises. On peut affirmer que l'intervention de l'État largement et intelligemment pratiquée loin de tuer les fondations en étouffant, comme on l'a dit, l'esprit d'initiative individuelle, ne fait au contraire, en reformant les dispositions testamentaires défectueuses, en obviant aux fantaisies pernicieuses d'esprits plus généreux que raisonnables, en remédiant aux imperfections que le temps peut révéler, que développer sans cesse leur extension, que les sauver d'une décadence inévitable et diriger leurs forces vers leur meilleure utilisation économique pour le pays.

§ 3. — Fondement philosophique de l'intervention de l'État.

Mais cette intervention de l'État n'est pas seulement rendue obligatoire par des considérations d'ordre public, elle s'impose logiquement selon nous par la nature des choses : c'est pourquoi toutes les législations admettent non seulement sa nécessité, mais sa légitimité même.

L'homme a bien, en vertu du droit de propriété qu'il exerce sur son patrimoine, le droit de disposer librement de ses biens pour l'instant où il disparaîtra, comme il pourrait le faire au cours de sa vie, mais non pour le temps où il ne serait plus, ce qui est tout différent. Le legs n'est qu'une donation à terme incertain, la désignation sous une condition implicite de survie d'une personne appelée par le défunt pour recueillir ses biens et en faire par la suite l'usage qu'il lui plaira ; le testament est un acte d'abdication de ses droits fait par l'ancien propriétaire entre les mains de celui qu'il ap-

pelle à lui succéder : il les lui remet tels qu'il les avait lui-même. La fondation est tout autre chose : c'est la création par un être éphémère d'une œuvre éternelle ; c'est la contradiction directe des lois de la nature qui a mis à l'activité de l'homme les limites étroites de la durée de sa vie. Par elle il s'efforce de transgresser ces règles immuables et de commander d'au delà de la mort à son patrimoine. Il voudrait réaliser une perpétuité qu'il n'a pas pour lui-même en lançant à travers les âges sa volonté cristallisée dans une forme immuable (1) : insensé, qui inconscient de sa faiblesse et oublieux de ses devoirs, croit pouvoir imposer son bon plaisir à ceux qui viendront après lui.

L'effet n'a jamais été plus puissant que la cause ; la créature plus forte que son créateur. La fondation douée d'une existence juridique indépendante et éternelle, ne peut tirer son origine que d'une puissance capable de conférer des droits, de créer des devoirs et possédant pour elle-même cette pérennité qu'elle accorde et assure : L'État souverain, peut seul remplir ce rôle.

Mais la fondation ne se confond pas avec lui. Les droits que nous lui reconnaissons sur elle il ne les exerce pas, nous l'avons dit (2), en qualité de propriétaire mais en vertu du rôle de police et de sûreté qui lui incombe. Il est indéniable d'ailleurs que l'État est directement intéressé par les fondations de bienfaisance.

(1) C'est cette volonté cristallisée qui, dans la Willenstheorie de Zitelmann et de Meurer, sert de base à la « réalité » de la personne morale.

(2) Voir plus haut la section I, § 2, p. 184 et s. sur la dévolution des biens des fondations.

Elles le déchargent d'une partie des services d'assistance ou d'instruction qu'il est chargé de remplir. Mais s'il en retire un avantage on ne peut en conclure qu'il est titulaire des droits de propriété sur la totalité des biens affectés à ces services. Il est bien clair que telle n'est pas l'intention du fondateur qui a voulu créer un organisme nouveau et non gratifier l'État. Que signifierait sans cela toute cette théorie de la fondation, de la fondation libre et indépendante, si le résultat atteint n'était pas distinct de celui qu'on obtiendrait bien plus simplement par un don ou un legs adressé, sous condition d'un emploi déterminé, à la Nation.

Il ne faut pas hésiter à repousser cette théorie de l'État propriétaire. L'État, dit-on, sous le couvert de l'autorisation, accepte le don ou le legs dont il doit profiter en dernier ressort puisqu'il vient en déduction de ses charges d'assistance ; par l'exercice de son droit de surveillance il ne fait que contrôler la gestion et l'emploi de sa propriété ; par son intervention pour l'extinction ou la transformation de l'œuvre il use du *jus utendi et abutendi* qui lui donne le droit de modifier le mode de jouissance et la destination primitive de ses biens. C'est, à notre avis, aller trop loin et pousser à l'excès une idée juste ; ou plutôt c'est tirer de prémisses exactes une conclusion erronée.

La volonté humaine essentiellement temporaire ne peut fonder une œuvre perpétuelle : cela nous l'avons vu excéderait ses facultés. Il lui faut le concours et le consentement de l'État. Or si l'État n'est pas le titulaire des droits de propriété sur le patrimoine de la fondation qui sera-ce donc ?

DEUXIÈME SECTION

LA NOTION DE LA PERSONNALITÉ MORALE DANS LA FONDATION

Dans cette recherche il importe de se placer au dessus de toute législation spéciale pour envisager la fondation dans son essence propre sans se laisser influencer par les caractères qu'elle peut revêtir dans tel ou tel droit. Comment parviendrait-on à construire une théorie générale susceptible de s'appliquer aisément dans tous les pays où elle est destinée à recevoir une application, de présenter des idées qui y soient également vraies et également certaines, et de répondre ainsi aux exigences du droit international en apportant quelque lumière et quelques principes de conciliation sur les conflits qui peuvent naître en matière de fondation, si l'on tenait compte des notions si disparates qu'en paraissent avoir les trois droits autour desquels viennent se ranger tous les autres. Le droit international, même lorsqu'il ne vise qu'à la tâche modeste de poser les principes de solution des conflits de lois, doit soigneusement éviter de les rechercher dans l'analyse d'un droit unique qui ne reflète fatalement que les aspirations particulières ou les tendances politiques d'un peuple déterminé et dissimule les notions supérieures qui sont communes à tous, dans la crainte de donner à la loi nationale une prépondérance injustifiée sur la loi étrangère et de sacrifier les intérêts généraux de la com-

munauté universelle aux intérêts particuliers d'un seul Etat, ce qui serait nettement contraire à toute justice et à tout progrès. Mais lorsque plus présomptueux et plus hardi il tente de rechercher en raison pure, d'une façon exclusivement spéculative, par l'étude synthétique des idées fondamentales de chaque législation positive, la notion commune qu'on peut en déduire et qu'on peut espérer leur voir adopter plus franchement sur une institution juridique déterminée, il importe encore plus de se dégager de toute idée préconçue pour ne plus envisager la question qu'à son point de vue purement international ; de ne plus considérer que des idées juridiques qui se retrouvent dans tous les droits pour en tirer la substance d'un système d'application vraiment générale puisqu'il s'appuiera sur des vérités premières également admises partout (1). C'est en application de ces idées que nous chercherons à dégager une notion générale de la fondation rendant le plus exactement possible compte de sa constitution et susceptible de se préciser dans les législations où elle est obscurcie par les procédés de la pratique. Bien qu'y restant placés au point de vue français, le plus intéressant pour nous, nous croyons que la théorie de la fondation que nous adoptons peut s'appliquer indifféremment à toute législation. C'est là le but à atteindre, puisque celle-là seule pourra être utile au droit international.

(1) Cf. PILLET, *Journal du droit international privé*, 1893, p. 313 et s. C'est là une doctrine entièrement opposée à celle suivie et préconisée par Wächter.

§ 1.

La fondation n'étant qu'un patrimoine qu'une personne généreuse détache de ses propres biens pour l'assigner à un but idéal à poursuivre, il semble à première vue qu'on puisse dire que les droits de propriété sur lui sont transmis par cela même aux personnes qui sont appelées à profiter de l'œuvre ainsi créée. A cela on a bien objecté que si, dans la plupart des cas, ces personnes sont faciles à distinguer, il en est beaucoup d'autres où il n'en est pas ainsi et où le fondateur, sans gratifier personne, affecte un capital à la poursuite d'une idée, d'une recherche scientifique par exemple ; qu'on ne peut par conséquent considérer comme titulaires d'un droit de propriété collective sur le patrimoine affecté, les bénéficiaires, élément possible, mais non constant du contrat de fondation.

On peut répondre que toute fondation suppose des bénéficiaires. Quel que soit son objet la situation est toujours la même et derrière lui, dissimulés aux yeux par lui, se trouvent toujours des individus qui jouiront des résultats atteints. De même que le droit n'est fait que pour régler les relations des hommes, l'économie politique ne vise que l'amélioration de leur situation sociale générale. Ce sont eux qui profiteront toujours en dernier ressort de la fondation à moins toutefois qu'elle ne poursuive un but absolument vain et inutile en absorbant en pure perte les revenus des biens affectés. Ce cas ne sera d'ailleurs pas de nature à se présenter souvent, car une telle fondation, se trouvant nécessairement contraire aux intérêts économiques, ne

sera pas admise par l'Etat ou se trouvera transformée par lui pour être appliquée à la poursuite d'un but d'une utilité sociale évidente, de façon à rendre service à une catégorie plus ou moins large d'individus (1).

On peut affirmer que pratiquement il sera presque impossible de concevoir une fondation dont personne ne puisse retirer un avantage si idéal que puisse paraître le but visé par son créateur. L'argent est fait pour circuler et il y aura toujours quelqu'un pour profiter de l'emploi des revenus de l'œuvre (2).

Mais ces bénéficiaires éventuels ne pourront pas pour cela être regardés comme collectivement propriétaires des biens affectés.

On a bien voulu voir dans la fondation une sorte de corporation élargie à bénéficiaires inconnus ; on a répondu à l'exemple choisi par Savigny (3), qui, dans le cas de fondation d'un hôpital, faisait remarquer qu'on ne peut regarder comme ses propriétaires pour une quote-part inversement proportionnelle à leur nombre, les malades qui y sont soignés, que « cette difficulté n'est

(1) C'est en partie en vertu de cette idée que le droit anglais a refusé d'admettre les *superstitions uses*.

(2) Pour qu'il en fut autrement il faudrait supposer que le fondateur a simplement prescrit un anéantissement périodique de richesse dans l'intention coupable de détruire pour le plaisir de détruire. En fait, ceci ne se rencontrera jamais. Si l'homme ne peut disposer seul perpétuellement du *jus utendi* sur ses biens il pourra encore moins disposer du *jus abutendi* : il ne lui est pas permis de priver les générations à venir des biens sur lesquels elles doivent pouvoir compter. L'Etat n'aura même pas le plus souvent à intervenir, car les héritiers ne manqueraient pas dans ce cas d'attaquer le testament pour insanité d'esprit.

(3) SAVIGNY, *Traité de droit romain*. Trad. GUENOUX, t. II, p. 242, nota b.

« qu'apparente ; que l'hôpital est fait pour l'usage
« d'une masse d'hommes dont le nombre est indéter-
« miné et que ceux qui y sont soignés actuellement ont
« seulement l'occasion de se servir d'un bien commun
« à eux et à beaucoup d'autres (2) ». Les propriétaires
collectifs seraient donc, en admettant que les individus
susceptibles d'y être admis doivent, soit appartenir à
une commune ou à un département déterminé, soit être
citoyens français, la commune, le département ou l'État.

Rien de mieux et de plus logique dans la doctrine de la
propriété collective qui ne voit dans la commune ou le
département que l'ensemble de leurs habitants, dans
l'État que l'ensemble de ses citoyens. Mais si l'on sup-
pose que le fondateur a spécifié que l'hospice par lui
fondé devait être réservé aux habitants d'un canton ou
d'un arrondissement, on arrive à des conclusions inad-
missibles. Le canton, l'arrondissement, simples divisions
territoriales ne sont en effet pas considérées par le droit
administratif, comme des établissements publics sus-
ceptibles d'être propriétaires : ce n'est donc pas la pro-
priété collective qui fait la personnalité morale ; c'est la
concession par l'État de cette personnalité morale qui
confère la capacité nécessaire pour posséder collective-
ment. Cette doctrine aboutit donc soit à une impos-
sibilité de droit dans ce dernier cas, soit dans le premier
à la suppression pure et simple de la fondation directe
indépendante, puisque ce sera une collectivité reconnue
administrativement qui sera considérée comme titulaire

(2) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, p. 642, note 1. —
Cf. LAINÉ, *Des personnes morales en droit international privé*, *Journal*
du droit international privé, 1893, p. 279.

des droits ; et ainsi l'on retombe dans la théorie de l'État (ou de l'établissement public) propriétaire des fondations.

On peut arriver par l'application du système de la propriété collective à des conséquences encore plus curieuses en considérant une œuvre d'intérêt absolument général. Reprenons notre exemple en admettant cette fois que l'hospice devra, en conformité de la volonté de son fondateur, recueillir tous les infirmes qui se présenteront, sous les seules conditions d'être dans l'incapacité de gagner leur vie et de n'avoir pas les ressources suffisantes pour se faire soigner à leurs frais. Dira-t-on qu'en raison de la non-détermination de l'origine des hospitalisés éventuels qui peuvent être d'une nationalité quelconque, c'est le genre humain qui devra être titulaire de la fondation ? Dira-t-on aussi, sous prétexte que l'univers entier est appelé à profiter de toute découverte scientifique désintéressée, qu'il ne faut voir dans la fondation d'un laboratoire de recherches qu'une disposition à titre gratuit en faveur de la totalité des populations de la terre (1) ? Se représente-t-on cet immense patrimoine collectif du Monde propriétaire à la fois d'un domaine public universel (2) et d'un nombre infini de fondations particulières ?

(1) La fondation peut même avoir un objet nettement international. Par exemple, la fondation Nobel ou la Savigny Stiftung.

(2) Le même raisonnement s'applique en effet à la plus grande partie du domaine public national, par exemple aux routes, canaux, lignes télégraphiques et téléphoniques, hopitaux, musées et à tous les bâtiments destinés à des services publics (les phares en sont un des meilleurs exemples) ; à l'exception seulement de ce qui est spécialement consacré à l'utilité exclusive des citoyens, c'est-à-dire

Mais on peut faire à la théorie de la propriété collective une autre objection tirée directement de l'idée fondamentale qui nous sert de guide. C'est que la fondation, perpétuelle de sa nature, ne peut pas plus être soutenue par l'homme, en tant que personne juridique douée d'une capacité étroitement limitée dans le temps, qu'elle ne peut être créée par lui seul. Là encore on rencontre la nécessité absolue de l'intervention initiale d'une puissance supérieure qui lui communique une vie d'une durée illimitée comme la sienne propre. Même en supposant les hypothèses les plus favorables, les bénéficiaires immédiatement désignés ne le sont jamais qu'en très petit nombre ; s'ils sont déterminables ils ne sont pas déterminés. Ils ne pourront l'être que dans la suite, à mesure qu'ils rempliront les conditions nécessaires, qu'ils rentreront dans les catégories fixées par les statuts ; et ce pourra n'être que dans un avenir fort éloigné puisque la fondation est par définition destinée à avoir une durée d'une éternité au moins relative. On se heurte donc ici à l'impossibilité de gratifier d'une façon valable des personnes incertaines dont le fondateur est absolument incapable de se faire la moindre idée un peu précise. Ihering a bien dit que la personnalité morale, notion fausse en elle-même, était au moins un moyen technique nécessaire destiné à cor-

d'une part, du matériel de l'armée et de la flotte, des arsenaux, des forts et des escadres et, d'autre part, des propriétés de rapport telles que les forêts domaniales.

Voir pour les objections qu'on peut diriger contre la théorie de propriété collective appliquée à l'État et aux établissements publics et spécialement pour l'argument tiré de l'article 815 du code civil, DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 7^e édition, t. IV, p. 18.

riger l'indétermination et l'incertitude des personnes à venir. C'est déjà là, semble-t-il, une certaine utilité, niée d'ailleurs par ceux qui se plaçant pourtant sous son patronage illustre, prétendent que la personne morale, simple création doctrinale impuissante à produire le moindre effet pratique, pourrait être rayée impunément de nos institutions.

Elle en a d'autres selon nous, en permettant de justifier des conséquences dont la propriété collective, même appuyée et soutenue par l'idée d'affectation, est incapable de présenter une explication suffisante(1).

(1) On trouvera dans l' « *Essai sur la propriété collective* », de M. JOSSERAND (*Livre du Centenaire du Code civil*, tome I, p. 357 et s.), l'analyse des différences pratiques séparant les personnes morales des communautés non personnifiées telles que la *Gesamnte Hand*. Toutes découlent de cette différence essentielle et organique qui tient toute entière dans la puissance d'unification inhérente à la notion de la personnalité juridique : elle seule peut ramasser en une résultante unique la somme des droits et des charges de la collectivité. Pareil résultat demeure étranger à la propriété en main-commune : par définition même elle ne suppose pas une âme collective.

On a bien, par l'application de la théorie de l'organicisme, imaginée par Spencer, comparé la personne morale au corps humain et voulu voir dans les titulaires de la propriété en main-commune, en l'espèce dans les bénéficiaires de la fondation, les cellules qui le composeraient. A l'objection tirée de ce qu'entre les cellules il y a des liens de dépendance extérieure, tandis qu'il n'y en a pas entre les individus groupés, on répond que, même dans les groupements les plus disséminés, il y a encore un lien formé par le conseil d'administration et, mais pour l'association seulement, par les assemblées générales ; et que d'autre part les cellules seraient, dans une certaine mesure, indépendantes les unes des autres ; elles seraient dans une situation particulière, appelée « interdépendance spéciale d'ordre dispersé ». Mais la réfutation décisive de cette assimilation, c'est que le groupement des propriétaires collectifs ne présentera jamais un

Mais si Ihering et les partisans de la propriété collective du patrimoine des fondations, veulent simplement dire que la personnalité morale n'est qu'une cons-

centre commun de volonté analogue à la conscience organique révélatrice du moi psychologique.

Il y a une façon plus séduisante de proposer ce système. Ce qui fait la personne juridique, c'est la volonté libre. Or dans chacune des volontés personnelles des propriétaires collectifs, il y aurait un reflet de la volonté commune. Dans chaque conscience on trouve la volonté de posséder en commun : la réunion de ces volontés partielles, détachées des individus, formeraient celle de la personne morale.

Mais à supposer qu'une telle volonté puisse exister inconsciente chez tous ceux qui peuvent être appelés à bénéficier d'une fondation, hypothèse d'ailleurs parfaitement invraisemblable, nous ne concevons pas, même à un point de vue plus général, que la personnalité juridique puisse résulter uniquement de la synthèse de ces volontés individuelles « qui viendraient se fondre dans le creuset commun pour constituer l'être moral » (JOSSELAND, *op. cit.* et *loc. cit.*). Zitelmann et Meurer, appliquant leur *Willentheorie* à l'association, ont bien tenté une démonstration philosophico-mathématique de ce que la somme des volontés particulières peut donner une volonté collective distincte. Posant les équations $7 + 5 = 12$ et $7 + 5 = (7 + 5)$ ils prétendent que 12 synthétique bien qu'égal à $(7 + 5)$ analytique constitue cependant une quantité nouvelle. C'est possible pour des cervelles allemandes ; mais pour nous il reste vrai que deux quantités égales à une troisième sont égales entre elles. On peut écrire $7 + 5 = 12$, $(7 + 5) ; =$ et à défaut d'une fiction de personnalité, nous ne verrons jamais dans une association qu'une juxtaposition, une addition de personnes physiques, d'individualités simplement rapprochées, jamais confondues et qui constituent en première comme en dernière analyse, les titulaires véritables des droits de la collectivité.

Cependant, disent les partisans de la réalité de la personne morale, on peut citer des cas où il n'est pas niable que de la réunion d'éléments simples peut résulter un ensemble distinct de leur addition : un tableau est autre chose que les matériaux employés à sa confection ; l'eau autre chose que les corps simples qui la compose. Oui certes. Mais une œuvre d'art ne se fait pas toute seule ; l'eau n'est

truction abstraite édiflée dans le seul but de rendre compte de certains phénomènes d'ordre essentiellement juridique et ne correspondant à aucune réalité soit de fait, soit de droit, nous sommes entièrement d'accord avec lui. Dans la réalité il n'y a que des individus physiques ; eux seuls sont capables de jouir de la fondation ; mais leur incertitude et leurs changements sans cesse répétés les rendent impropres à être attributaires directs de la fondation. Un édifice éternel ne peut être élevé sur des assises temporaires : il s'écroulerait fatalement le jour où celles-ci viendraient à disparaître. Pour éviter sa ruine il faut le faire reposer sur une base stable et indestructible comme lui-même. Et qu'y a-t-il de vraiment indestructible sur la terre, en l'homme ou autour de l'homme, sinon les conceptions irréelles de son imagination.

§ 2.

Si les personnes physiques ne peuvent être propriétaires du patrimoine de la fondation elles en recueilleront le bénéfice par l'intermédiaire d'autrui, grâce à

pas un simple mélange. Prenez de la toile et des couleurs ; de l'oxygène et de l'hydrogène et vous n'aurez ni une peinture ni un liquide. Pour arriver à ce résultat il a fallu une action extérieure qui fixe la couleur sur la toile, qui dose l'oxygène et l'hydrogène et en provoque la combinaison. Il ne peut pas plus y avoir de tableau sans le travail et le talent d'un peintre, d'eau sans une étincelle électrique provoquant l'explosion du mélange détonnant, que de personne morale sans l'intervention de l'État.

l'exécution d'une charge apposée à la libéralité. Et ce bénéficiaire direct ne pouvant être les personnes incertaines dissimulées derrière le but apparent, il faudra bien que ce soit une personne morale.

Cette personne morale ne peut être à notre avis qu'une entité fictive créée par l'État et reconnue par lui comme douée d'une existence distincte de la sienne propre.

Nous ne croyons pas que, comme on l'a prétendu (1), la définition qui sert de point de départ à une construction juridique puisse être modifiée à volonté et qu'on doive adopter celle conduisant, par les déductions qui en dérivent, au but qu'on veut atteindre. Elle n'est pas toujours, comme on l'affirme, une simple conception de l'esprit ; elle peut être imposée par les lois de la nature ou les règles de la justice ; et il faudra considérer comme les meilleures les solutions qui en découleront. Partir des conséquences pour remonter au principe ; construire une théorie en vue des conclusions qu'on en pourra tirer ; prendre le but comme point de départ pour déterminer l'origine des recherches, n'est-ce pas aller directement à l'encontre de toute méthode déductive, la seule logique dans une science abstraite comme le droit, renverser l'ordre normal de toute étude sérieuse, et s'exposer à se laisser entraîner par une tendance d'esprit personnelle, sinon par des considérations politiques. Le droit n'est pas un ensemble de conceptions abstraites et d'idées pures, c'est un moyen de policer les relations sociales et de les améliorer sans cesse cela est vrai ; nous l'avons dit nous-mêmes. Mais tout le

(1) MICHOUX, *op. cit.*, chap. 1^{er}, p. 40 et s.

monde n'a pas le même idéal social, tout le monde n'envisage pas les questions sous le même jour, tout le monde ne voit pas le progrès dans la même direction. Admettre *a priori* sous sa seule appréciation personnelle que tel ou tel système est le meilleur, le plus pratique, le plus équitable, pour lui construire ensuite une base sur laquelle on puisse l'appuyer, n'est-ce pas s'exposer à sacrifier le progrès réel à des idées préconçues ; n'est-ce pas justifier par une sorte de pétition de principes une opinion qui peut être fausse, une législation qui peut être néfaste, dangereuse ou injuste.

C'est précisément là le défaut caractéristique de la plupart des théories édifiées pour l'explication de la personnalité morale. Dès qu'on ouvre sur ce sujet un ouvrage quelconque de doctrine, on est frappé de ce que tous les auteurs qui ont cherché à construire une théorie de la personnalité morale, paraissait trop se préoccuper des conclusions qu'on pourrait en tirer au point de vue de l'étendue des pouvoirs de l'État. Et ceci à tel point qu'on peut presque considérer, que loin de raisonner sur la théorie pure et d'en déduire comme résultat pratique nécessaire, l'intervention ou la non intervention de l'État, la plupart des opinions émises sur ce sujet ont pour but unique avoué ou non, de la justifier ou de la combattre. Les partisans de la réalité de la personne morale prétendent que la théorie de la fiction a eu pour objet de légitimer l'autorité souveraine que l'État se réserve sur la concession ou le refus de la capacité juridique aux associations ou aux fondations qui se constituent sur son territoire. Peut-être dans une certaine mesure ont-ils raison. Mais ne pourrait-on pas leur répondre que ce reproche leur serait retourné, au moins à aussi juste

titre, à eux qui n'ont imaginé la théorie de la réalité, que pour faire échec à une immixtion administrative cependant logique et nécessaire.

Ne serait-il pas plus exact de partir d'une idée abstraite pour en tirer des conséquences concrètes. Là encore, certes, l'erreur est possible et l'on peut se tromper sur les qualités de permanence et de nécessité qu'on attribue, peut-être à tort, au principe qu'on croit s'imposer. Mais au moins, planant au dessus de toutes les rivalités d'opinions, de toutes les discussions intéressées, on pourra se décider en toute liberté d'esprit, au milieu de la sérénité de la science et de la philosophie.

Il importe cependant, nous l'avons vu, de ne pas aller trop loin dans cette voie et de ne pas oublier les réalités que recouvre l'abstraction. On part de la théorie, mais c'est pour arriver à la pratique par le plus court chemin possible. Ce n'est point pour y demeurer, sans quoi tout le travail resterait stérile.

Ce sont ces idées que nous allons tâcher d'appliquer à la construction d'une théorie internationale de la personne morale dans la fondation.

§ 3.

La notion abstraite qui nous servira de point de départ c'est que seule la personne humaine peut être sujette de droits. Le droit subjectif ne consistant philosophiquement qu'en un pouvoir de vouloir, qu'en une puissance attribuée à une volonté intelligente et libre, il

nous est impossible de concevoir un droit sans sujet aussi bien qu'un sujet de droit qui ne soit pas doué d'intelligence et de volonté. Or l'homme (ou une entité fictive construite à son image) remplit seul ces conditions. Dès qu'il y aura un droit il faudra donc qu'il en soit le sujet.

Mais d'autre part, le droit subjectif au point de vue légal n'est qu'une latitude de vouloir et de pouvoir reconnu par le droit objectif ; en d'autres termes c'est le droit philosophique dans la mesure où il est reconnu et protégé par la loi. Celle-ci pourra se montrer plus ou moins large et plus ou moins généreuse soit quant au nombre des sujets possibles qu'elle admet, soit quant à l'étendue des droits qu'elle leur confère, sans qu'il y ait lieu de distinguer en fait, s'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale.

Comment pourrions-nous donc admettre qu'un droit puisse se concevoir indépendamment de tout sujet qui l'exerce, qu'un patrimoine puisse exister sans qu'il y ait un propriétaire pour en avoir la disposition, ou, si l'on préfère, qu'un bien puisse appartenir à l'objet auquel il est consacré, puisque nous adoptons une idée fondamentale absolument opposée à celle sur laquelle s'appuient les partisans des *Zweckvermögen*, à savoir, que ni la raison ni la volonté ne sont des éléments essentiels de la subjectivité juridique.

En faveur de cet axiome on invoque (1) l'exemple de l'enfant et du fou qui, quoiqu'incapables de penser et de vouloir sont cependant sujets de droits : pourquoi n'en

(1) BEKKER, *op. cit.*

serait-il pas de même de la chose et de l'animal ? A cela on a répondu (1) que l'égalité qu'on veut ainsi établir n'existe pas et que la situation n'est pas comparable ; que l'enfant et le fou présentent tous deux la faculté de comprendre et de vouloir ; que chez le premier elle n'existe qu'en germe, mais qu'elle est destinée par une graduation insensible à augmenter sans cesse jusqu'à ce qu'il parvienne à l'âge de la pleine réflexion ; que chez le second elle peut n'être que momentanément obscurcie, et qu'en tout cas elle subsiste toujours quelque vacillante et incomplète qu'elle soit. Ces arguments ainsi présentés nous paraissent un peu spécieux et nullement convaincants. Certes l'enfant et le fou seront plus que la chose inerte, mais ne seront-ils pas moins que l'animal, au moins au point de vue où Bekker se place. Peut-on vraiment dire que l'enfant simplement conçu, n'ayant encore qu'à peine une existence physiologique déterminable et auquel cependant on s'accorde à reconnaître des droits en vertu de l'adage « infans conceptus pro nato habetur (2) » ait une

(1) GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *op. cit.*, 3^e partie, ch. II. *Le problème de la personnalité*, p. 428.

(2) Art. 725.

M. LAMBERT, dans sa thèse sur la stipulation pour autrui (p. 169 et s.), rappelle même que pendant longtemps le Parlement de Normandie s'est montré favorable au droit reconnu aux enfants non conçus à succéder à leurs ascendants. D'AGUESSEAU raconte, dans ses œuvres (t. II, p. 341, 1761), qu'en 1692 étant alors avocat général près le Parlement de Paris, il dut, pour faire écarter de la succession de son aïeul un petit-fils né 32 ans après le décès, conclure très énergiquement contre cette prétention. L'arrêt semble avoir fixé la jurisprudence du Parlement de Paris ; mais la question est restée discutée en province et FERGOLÉ (*questions remarquables*, question 44)

volonté ou une intelligence supérieure à celle de l'animal ? Peut-on soutenir, qu'au strict point de vue de la raison, un homme arrivé aux dernières limites de la démence, ou une de ces misérables créatures qui quoiqu'étant issue de la race humaine qui lui a donné la vie, est totalement dénuée de toute lueur d'intelligence par une de ces monstruosité dont la nature ne se montre pas assez avare, ne soit pas en tout comparable, sinon inférieure, à la bête qui sait au moins suivre l'instinct dont elle est douée ? Il ne suffit pas évidemment de s'appuyer sur ce que l'intelligence de l'enfant se développera avec l'âge ; sur ce que celle du fou pourra venir avec la guérison : la mort peut les saisir tous deux auparavant ; mais nous ne croyons pas non plus qu'on puisse affirmer qu'ils aient une volonté et une réflexion dont la faiblesse ou l'altération ne supprimeraient pas l'existence (1).

Il faut donc pour réfuter l'analogie imaginée par Bekker faire intervenir d'autres idées. Nous les trouverons dans notre définition du droit.

Tout d'abord, en effet, le droit ne saurait jamais appartenir selon nous qu'à une personne capable philosophiquement d'en être titulaire. Et tandis que jamais la philosophie n'a reconnu aucun droit à la chose ni à

qui a plaidé vigoureusement la cause des non-conçus rapporte un arrêt rendu en leur faveur par le Parlement de Toulouse en 1725.

Aujourd'hui la question n'est plus discutée et l'impossibilité d'acquiescer des non-conçus a été un de nos arguments contre la théorie de la propriété collective.

(1) Nous considérons donc comme insuffisante, au moins dans ses explications, la réfutation tentée par M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *op. et loc. cit.*, qui cependant complète, précise et simplifie celle donnée par ROGUIN. *La règle du droit*, p. 395.

l'animal envers lequel elle admet seulement qu'on puisse avoir des devoirs, elle attribue des droits égaux à toute personne humaine fut-elle seulement en formation, fut-elle par la privation absolue de ses facultés supérieures, une pure charge pour la société. N'est-ce pas sur cette idée que se fonde notre droit pénal lorsqu'il punit des peines des articles 295 et suiv. du code pénal le meurtre d'un fou, même d'un fou dangereux (1), tandis que celui qui tue un chien enragé accomplit une action méritoire et que celui qui frappe un animal domestique qui ne lui appartient pas, n'est passible que de dommages-intérêts et des peines correctionnelles des articles 452 et suiv.. N'est-ce pas sur elle aussi que se fondent les peines de l'article 317 C. P. qui punissent l'avortement même effectué par une femme sur elle-même (2), tandis que la mutilation volontaire et le suicide (3) restent des crimes sans sanction (4). Les exemples qui nous sont

(1) Sauf naturellement si l'auteur du meurtre se trouvait dans le cas prévu par l'art. 328 C. p. (légitime défense).

(2) Pour l'avortement procuré par des tiers avec le consentement de la femme, l'exemple est moins frappant, car les coups et blessures, les mutilations et l'homicide, sur autrui, restent punissables quand bien même l'auteur du crime ou du délit aurait agi avec le consentement ou même sur la prière de la victime. L'importance attribuée à la vie de l'enfant ne ressortirait dans ce cas que de la différence de gravité entre les peines de l'avortement et celles des coups et blessures volontaires, différence qui n'existerait que dans l'hypothèse où, à défaut de l'article 317, le § 1 de l'article 309 serait applicable.

(3) Il faut naturellement supposer une tentative de suicide ayant manqué son effet (art. 2, C. P.) pour que l'auteur puisse être frappé d'une peine. Signalons d'ailleurs qu'on considère généralement en doctrine la tentative d'avortement comme non punissable. La jurisprudence n'admet cette solution qu'en cas de tentative de la femme sur elle-même. Voyez GARÇON, *C. P. annoté*, t. I, 1901 sous l'art. 317, n° 29, p. 767.

(4) On pousse même quelquefois très loin cette idée des droits de

ainsi fournis par le droit répressif ne montrent-ils pas suffisamment combien il est faux d'assimiler à la chose ou à l'animal, l'enfant et le fou même supposés entièrement dénués de réflexion, d'intelligence et de volonté. Ce n'est pas tant la capacité de comprendre et de vouloir qui fait de l'homme le seul sujet du droit que sa qualité même de personne humaine.

Mais une objection plus décisive encore peut être dirigée contre le système de réalité de la personne morale présenté par Brinz et par Bekker. C'est qu'en supposant même qu'un bien puisse appartenir au but

l'enfant. C'est ainsi que dans les cas où l'accouchement est impossible sans une intervention chirurgicale, certains prétendent que le devoir de l'accoucheur serait toujours de sauver l'enfant quitte à sacrifier la vie de la mère que son état donne peu d'espoir de voir supporter une opération aussi grave que la section césarienne ou la symphyséotomie. Il y a conflit entre deux existences et nécessité d'en sacrifier une pour conserver l'autre. Des deux biens ainsi en concours il faut sauver le plus précieux. Or, dit-on, l'enfant, qui a plus longtemps à vivre, représente toujours une valeur sociale supérieure à celle de la mère. Nous n'en sommes, pour notre part, nullement convaincus. Au reste M. Maxwell a soutenu avec beaucoup de vigueur l'opinion opposée. (*De quelques cas de conscience en médecine.* — Discours de rentrée de la Cour de Bordeaux, 1901. *Sem. méd.*, Supp. du 30 octobre 1901). La parturiente peut toujours suivant lui, dans le cas où une opération est nécessaire, réclamer qu'on ait recours à la craniotomie pratiquée sur l'enfant : elle a toujours le droit, dit-il, de défendre l'intégrité de son corps contre une agression injuste. M. Maxwell va trop loin dans cette voie. L'injustice de l'agression est très discutable. Il fait fausse route en remplaçant l'état de nécessité par la légitime défense, en prétendant que la mère peut refuser qu'on lui fasse une opération pour sauver l'enfant future seulement « fatale à sa beauté », et en déclarant que le chirurgien est tenu d'accomplir l'opération choisie par elle. Pour la vraie solution voir GARÇON, Code pénal annoté. Sous l'art. 317, n° 18 et s., p. 766-767.

auquel il est affecté, il n'y aurait jamais là qu'une fiction. On pourrait très raisonnablement soutenir que l'autorité absolue de la loi lui permet de sanctionner des droits que la philosophie se refuse à reconnaître, et d'admettre ainsi directement, au profit de la chose ou de l'animal, telles prérogatives qu'il lui plairait de lui accorder (1). Les législations antiques ou orientales nous en donnent des exemples. Qui ne se rappelle les droits attribués en Egypte aux animaux divinisés. Rome même avait ses animaux sacrés ; aujourd'hui encore on retrouve cette idée aux Indes, au Siam et dans d'autres pays demi-civilisés. Ne pourrait-on pas également donner comme exemple cette idée, admise par presque toutes les législations, que la servitude réelle est attachée au fonds dominant qui est le vrai titulaire du service que lui doit le fonds servant, puisqu'il lui reste invariablement attaché malgré toute mutation de propriété.

Il est vrai que derrière l'animal sacré il y a la divinité, que derrière le fonds dominant il y a le propriétaire de ce fonds. Qu'on peut dire que le véritable titulaire du droit reconnu à l'animal ou à la chose, c'est la divinité représentée par cet animal, c'est la personne en tant que propriétaire de cette chose. Cependant on peut concevoir que la loi vienne attribuer des droits à un animal en tant qu'animal, à un objet en tant qu'objet : ce serait une étrangeté certes, mais cela n'aurait rien d'impossible. Mais il faudrait bien voir dans la person-

(1) KOHLER, *op. cit.*, p. 230, reconnaît que si l'usage s'établissait d'admettre des droits au profit des animaux, ils deviendraient par cela même des personnes juridiques.

nalité morale qui leur serait ainsi reconnue une concession de la loi ne répondant à aucune réalité objective.

Sans quoi si, *ipso jure*, un bien peut appartenir à un but, un droit appartenir à une chose, pourquoi chaque chose ne serait-elle pas, en vue de son entretien et de sa propre conservation, titulaire de tous droits sur elle-même ; pourquoi chaque bien ne se posséderait-il pas lui-même (1) ? Ce serait arriver à l'absurde. La qualité de sujet de droit donnée à l'animal ou à la chose ne peut être évidemment qu'une création du législateur. Mais comment expliquer plus simplement ce phénomène juridique qu'en supposant que la loi a entendu assimiler, cet animal ou cette chose, dans la mesure des droits qu'elle lui confère, à la personne humaine.

Brinz et Bekker ont-ils fait au fond autre chose que supprimer la personne fictive que d'autres supposent, pour pouvoir la rendre titulaire des droits et propriétaire des biens qu'ils prétendent exister sans sujet et sans maître ? Et cela est si vrai que certains de leurs disciples tels que Böhlau (2) et Windscheid (3) marquent une transition insensible de la théorie des *Zweckvermögen* à celle de la fiction, en montrant que la personne morale n'est qu'une masse de biens sans maître personifiée par suite d'une propension naturelle de l'esprit à user de cet artifice qui offre l'avantage pratique de faciliter l'étude des conséquences de cette situation juridique.

(1) Cf. PLANIOL, *op. cit.*, n° 1964.

(2) BÖHLAU, *Rechtssubject und Personenrolle*, p. 16 et s.

(3) WINDSCHEID, *Pandekten*, § 49, notes 4 et 5.

Si éloignée par conséquent que ce système puisse tout d'abord paraître de nos conceptions françaises, une étude plus approfondie permet de se rendre compte qu'elle se rapproche néanmoins beaucoup de la pure fiction. A tel point même qu'on a pu n'y voir qu'une conséquence de cette idée et dire qu'entre les deux théories « il n'y a que l'épaisseur d'un mot (1) ».

Tandis que l'on peut adresser à la conception des *Zweckvermögen* le grave reproche de détruire la propriété individuelle, et de supprimer l'homme du droit, la *Willenstheorie* au contraire, exagérant sa puissance, admet qu'il peut par ses seules forces donner à sa volonté un effet éternel. Son point de départ est exact : elle rend parfaitement compte du premier élément qui intervient dans toute fondation : l'affectation par la volonté fondatrice d'un patrimoine à une certaine fin. Mais elle s'arrête à mi-chemin et croit tout terminé lorsqu'il reste beaucoup à faire. Le rôle du fondateur, limité dans sa force par les lois naturelles est sans doute fini : celui de l'État commence. Et nous avons montré que son intervention est nécessaire pour sanctionner la fondation et lui garantir une existence plus durable que celle de son auteur.

La *Willenstheorie* on le voit, s'identifie entièrement, pour toute la partie de l'opération dont elle tient compte, avec le système de la fiction. Mais elle ne pousse pas assez loin son analyse ; elle a cru que l'homme peut à lui seul donner la perpétuité à la volonté qu'il exprime ; elle n'a pas vu, ou n'a pas voulu voir, que cette perpétuité ne pouvait avoir qu'une origine extérieure à lui et que sa

(1) MICHOD, *op. cit.*, p. 49 et s.

source ne peut être trouvée que dans une puissance éternelle. Elle a cru que la personnalité juridique de la fondation était une délégation de la volonté humaine, ou même une simple qualité de la volition spéciale et distincte détachée de la faculté de vouloir, tandis qu'elle ne peut être, on l'a vu, qu'une émanation de l'autorité suprême de l'État, une concession fictive permettant à une volonté périssable de se perpétuer indéfiniment.

§ 4.

La notion du droit d'où nous sommes partis suffit donc à elle seule à repousser les théories, construites en Allemagne, et partiellement adoptées en France, qu'on fait toutes rentrer sous l'appellation générale de « réalité de la personne morale ». C'est là une conception que nous n'avons jamais pu saisir et qui reste pour nous entièrement divinatoire. En effet de deux choses l'une : ou bien l'on envisage l'ordre des faits tels qu'ils résultent de la nature même, et dans ce cas la personne physique, seule vivante, seule pensante, seule souffrante est la seule dont on puisse concevoir la réalité, tandis que la personne morale est une entité intangible, sans exteriorité et purement fictive ; ou bien on se porte en esprit dans le domaine abstrait du droit pour y déterminer si la personne civile s'y présente comme une réalité juridique. C'est sur ce terrain que sont naturellement obligés de reculer les partisans de cette étrange doctrine, sans se rendre compte immédiatement qu'ils cherchent le réel dans l'irréel. Il n'y a en effet de droits subjectifs que ceux que sanctionne le droit objectif. La

capacité et la personnalité n'existent que par la loi et dans la mesure reconnue par la loi. Et ceci n'est pas vrai seulement pour les personnes morales, ce l'est aussi pour les personnes physiques. La nature crée les êtres réels, l'esprit humain crée les fictions, mais c'est toujours le législateur qui leur reconnaît les droits dont ils ont l'exercice.

Sauf peut-être quelques droits très simples et tout à fait fondamentaux (1) qu'il est possible à la rigueur, de considérer comme résultant du droit naturel, toute la législation d'un pays civilisé est une pure fiction, en ce sens que c'est une création abstraite sans autre réalité que celle que la convention des hommes qui s'y soumettent veut bien lui prêter. Ce que l'individu a de réel c'est uniquement la vie organique, l'existence tangible et bestiale, dans le domaine des faits purement physiologiques et physiques ; la puissance de sa pensée la conscience de ses droits et de ses devoirs, la conception d'une notion d'une justice immanente, dans le domaine supérieur et sans bornes de la psychologie et de la morale ; mais au regard du droit objectif il est sur le même pied que la personne civile. Si ce n'est pas la loi qui appelle les personnes physiques à l'existence réelle, c'est elle du moins qui réglemente leur capacité et leur situation juridique sur le terrain du droit : leur condition est exactement la même que celle des personnes fictives.

C'est ainsi que la Rome antique refusait tous les droits à l'esclave qui n'était guère mieux traité au point

(1) Par exemple, au moins dans leur essence sinon dans leurs modalités, certains droits de famille, le droit de propriété et la plupart des libertés publiques.

de vue juridique que l'animal domestique ; plus tard, seulement, il lui fut accordé une capacité restreinte, et dans cette mesure étroite on lui reconnut des droits. Faut-il plus, près de nous, rappeler la situation du mort civil avant que la loi du 31 mai 1854 vint supprimer cette pénalité de nos lois ? : en pleine vie physique, le condamné était privé de tous ses droits tandis qu'à l'inverse, les articles 22 et suiv., 725 et 906 du code civil en confèrent à des êtres à peine sortis du néant. Est-il nécessaire d'appeler l'attention sur l'incapacité légale qui frappe le failli (1), la déchéance de la puissance paternelle résultant de la loi du 24 juillet 1889, l'incapacité relative du fou, du mineur, ou de la femme mariée, la dégradation civique (2), la peine complémentaire de la privation de certains droits civiques civils et de famille (3) l'interdiction légale (4) l'interdiction de séjour (5) et les autres incapacités partielles qui frappent les condamnés ? Qu'on considère la personne physique ou la personne morale, c'est toujours la loi qui vient lui donner, lui mesurer, lui retirer la vie juridique. Qu'importe qu'il s'agisse d'individus réels ou d'êtres de raison, c'est toujours la loi qui les érige en personnes au regard du droit, qui leur ouvre l'accès des facultés juridiques et qui décide, s'il y a lieu, avec quelles réserves ils sont autorisés à en jouir. Dans une société organisée les droits naturels de l'individu disparaissent : la législation que s'est donnée le pays régit

(1) Art. 443, C. Co.

(2) Art. 28 et 34, C. P.

(3) Art. 42, C. P.

(4) Art. 29, C. P. et loi du 31 mai 1854, art. 2.

(5) Loi du 27 mai 1885.

en souveraine les droits des citoyens. La loi peut tout ; elle peut diminuer ou augmenter à son gré la capacité de l'individu ; supprimer les droits de certains, exagérer ceux des autres. Elle ne trouvera de limite que dans la volonté de la nation, soucieuse de maintenir les principes inscrits dans sa constitution.

Il en résulte tout naturellement que l'intervention de l'État est indispensable pour conditionner l'existence de la personne morale et lui reconnaître une capacité juridique distincte. Mais il est ici nécessaire de ne pas se laisser aveugler par les apparences et étourdir par l'indignation violente des adversaires de la fiction. Voilà bien, s'écrient-ils, où on en voulait arriver : c'est pour justifier la prédominance de l'État et le pouvoir discrétionnaire qu'il se reconnaît d'accorder ou de refuser la personnalité morale à telle œuvre, à tel groupement qui la sollicite, qu'on a construit toute cette théorie ! — A cela on peut répondre, que si l'État garde cette liberté d'appréciation, c'est en raison du péril constant et indéniable que pourraient présenter pour lui des fondations trop puissantes dont le but ne serait pas connu et contrôlé. C'est là une nécessité résultant de l'ordre public, non une conséquence de la fiction de la personnalité morale. Ce qui le prouve, c'est qu'en d'autres cas la loi n'a pas hésité à reconnaître d'avance et d'une façon générale la capacité juridique à certains groupements se formant dans des conditions déterminées par elle (1). Rien en droit, avec notre théorie

(1) La personnalité morale est ainsi reconnue aux sociétés de commerce (article 529, C. Co.) aux sociétés civiles (par une jurisprudence datant de 1891 et devenue aujourd'hui constante), aux associa-

ne s'opposerait à ce qu'une telle personnalité civile soit accordée par un texte à toutes les fondations présentant certaines garanties (1). Il n'y a pas forcément arbitraire. Mais toujours c'est la loi qui crée la personne, c'est l'État qui intervient pour concéder la capacité.

§ 5.

Sans plus insister sur la nécessité de l'intervention de l'État dans toute théorie de la fondation, nous voudrions montrer qu'elle se manifeste toujours soit ouvertement, soit d'une façon plus occulte, par la concession de la personnalité morale.

Il ne faut sans doute pas croire que ce soit là une conception qui s'impose à l'esprit avec la force d'une vérité absolue : ce n'est bien évidemment au fond des choses qu'une construction idéale ; qu'une idée commode pour expliquer des situations juridiques ou des effets de droits qu'il est difficile de concevoir nettement sans y avoir recours ; qu'un moyen pratique de mettre un peu d'unité dans une matière complexe ; c'est pour ces raisons même que nous refusons d'y voir autre chose qu'une fiction. Mais il faut reconnaître que pour tous ces motifs la personnalité morale est une théorie précieuse dont on ne saurait se passer sans inconvénients : On a pu dire que si elle n'existait pas depuis de longs siècles, on l'inventerait aujourd'hui où ses

tions (loi du 1^{er} juillet 1901), aux syndicats (loi du 21 mars 1884) et aux associations de secours mutuels (loi du 1^{er} avril 1898).

(1) C'est l'exemple que nous offre le droit anglais quoique se refusant dans la forme à admettre cette notion,

applications tendent à devenir de jour en jour plus nombreuses.

On a soutenu qu'il ne fallait pas voir dans la personnalité juridique une théorie nécessaire et que l'expérience est là pour prouver que non seulement les groupes, mais aussi les individus peuvent parfaitement en être privés sans que cela nuise d'une façon directe à leur droit à l'existence dans une société organisée (1). Ils ne pourront cependant, selon nous, s'en passer avec cette impunité que si, à défaut de théorie, on leur reconnaît une certaine capacité dans la pratique. On a, avec raison, fait remarquer, qu'un coup d'œil jeté sur les législations contemporaines suffit à démontrer que la personnalité morale répond à une nécessité juridique évidente et n'est pas seulement « une chimère éclosée dans le cerveau de juristes en mal d'invention (1) ». Tandis que le code civil n'en prononce pas le nom, plusieurs lois récentes y font allusion : la loi de 1901 en est toute imprégnée. Les législations étrangères nouvelles, le code italien de 1865, le code espagnol de 1889, le code allemand de 1900, le code suisse de 1907-1912 traitent toutes avec une ampleur variable des personnes juridiques, et l'on peut poser en principe que « plus un code est récent, plus large est la place qu'il fait à la personnalité morale ».

Adoptant en cela la doctrine de Savigny, la personnalité juridique de la fondation repose selon nous, sur la fin idéale qui lui est assignée (3). Le substratum

(1) MICHOUX, *op. cit.*, p. 44.

(2) JOSSEMERAND, *Essai sur la propriété collective*, *op. et loc. cit.*

(3) SAVIGNY, *Traité du droit romain*; traduction GUÉNOUX, t. III, p. 240

réel sur lequel elle s'appuie n'est pas un groupement humain comme dans l'association : c'est ici un patrimoine.

Ce patrimoine n'est revêtu par l'État de la personnalité fictive que pour qu'il puisse, pendant un temps illimité, être consacré d'une manière permanente au but auquel il est affecté (1) ; et cette affectation résulte de la volonté manifestée par le fondateur (2) dans la donation ou le testament qui est l'origine de la fondation, mais qui serait incapable de lui donner à lui seul les qualités qui sont de son essence.

Ce qu'il faut c'est éviter d'attribuer une importance trop considérable à l'un des éléments ou à l'une des idées de la combinaison desquelles résulte la notion juridique de la fondation ; leur reconnaître à chacun d'eux le rôle qui lui revient ; à chacune d'elle la place qu'elle doit occuper. On arrivera alors à voir forcément dans la fondation un patrimoine dont une personne généreuse manifeste le désir de voir les revenus affectés d'une façon durable à la poursuite et à la réalisation de telle idée qu'elle indique, par l'intermédiaire de tel procédé de gestion qu'elle décrit. L'État intervient de son côté pour assurer à ce patrimoine une existence indépendante et une perpétuité mesurée à la permanence du but visé, et pour garantir au fondateur, dans ces mêmes limites, l'observation et le respect de la volonté qu'il exprime, tout en se réservant toutefois d'y apporter, par interprétation de cette volonté même, les modifications qui seront jugées nécessaires pour assurer à

(1) Idée exagérée par le système des *Zweckvermögen*.

(2) Idée exagérée par la *Willenstheorie*.

l'œuvre devenue de réalisation impossible, dangereuse, au contraire aux lois un nouvel essor par une meilleure utilisation de ses forces.

C'est cette indépendance et cette perpétuité dont la personnalité morale seule permet de bien rendre compte. En fait elle existe partout.

Ceci ne fait pas de difficulté pour les droits français et allemands auxquels on ne pourrait que reprocher d'en avoir inutilement compliqué la théorie ; mais le droit anglo-américain lui-même, bien qu'il répudie hautement l'intervention dans la fondation de la personne morale et paraît dans le *trust* adopter une technique qui lui est opposée, n'en est pas au fond des choses plus éloigné que les précédents.

Il a bien pu en effet ne pas s'arrêter sur cette construction juridique abstraite ; au reste, étant donné son esprit général cela eut même étonné ; mais il n'a pu, à son insu peut-être, échapper à une notion qui s'impose. La *Charity*, comme la *Stiftung*, comme la fondation directe du nouveau droit français, suppose nécessairement une fiction : c'est de cette fiction que dérive, comme étant son explication pratique, la personnalité morale. Le droit anglais n'a pas cherché à la dégager ; ou plutôt comme elle se dégage elle-même, telle est son évidence et sa force, il a préféré la nier et la dissimuler de son mieux. Mais la non explication ou la négation d'un phénomène ne met pas pour cela obstacle à son existence : le droit anglais des fondations est dominé malgré ses résistances par la notion juridique supérieure de personnalité fictive.

Nous n'insisterons pas sur les cas où nul ne fait de

difficulté pour l'admettre. La notion de personnalité morale est universellement reconnue dans les *eleemosynary corporations* œuvres plus particulièrement destinées à la bienfaisance ou consacrées à un but religieux, qu'une charte du Parlement vient créer comme corporations destinées à être les propres *trustees* de leur propriété personnelle affectée à un but d'intérêt général.

Elle est également indiscutable dans le cas, d'ailleurs exceptionnel, où les *trustees* ont sollicité et obtenu du *Board des Charity Commissioners* un certificat d'*incorporation*, en vertu du *Charitable Trusts (Incorporation) Act*, de 1872.

Mais en dehors de ces hypothèses toutes spéciales la notion de personnalité morale se retrouve suivant nous, dans la *Charity* fonctionnant sous la forme courante de l'*individual trust*.

Nous avons fait dériver la nécessité de la fiction de la personne morale en France où en Allemagne de l'obligation où l'on se trouve d'attribuer la propriété du patrimoine affecté. La situation ne nous paraît pas différente en Angleterre. Sans doute soutenir cette opinion, c'est aller à l'encontre de la conception traditionnelle de la fondation anglaise, mais on ne peut que s'étonner de la complaisance qu'ont mis ceux qui ont étudié le droit anglais à ne pas voir ce qu'il ne parvient à dissimuler que si imparfaitement malgré ses efforts.

On fait, il est vrai, observer que la théorie anglaise fournit des titulaires des biens consacrés à l'œuvre ; que les *trustees* sont légalement les sujets des droits patrimoniaux que l'on n'a plus besoin, dès lors, de faire reposer sur une entité fictive. Mais ce n'est là qu'un procédé fort imparfait destiné à cacher, derrière une pro-

priété purement fiduciaire, la pauvreté d'une conception juridique boiteuse et fragile. En fait les *trustees* ne sont pas autre chose que les administrateurs de la fondation, les gérants d'un patrimoine revêtu d'une personnalité morale virtuelle, patrimoine qui seul se trouve sur la scène juridique, qui reste concentré en lui-même avec une vie propre, une existence indépendante de leurs fortunes particulières. S'ils tombent en faillite ou en déconfiture il ne sera pas compris dans le gage de leurs créanciers ; s'ils sont saisis à la suite d'un jugement ou s'ils aliènent frauduleusement les biens de la fondation, les *cestuis que trusts* bénéficiaires de l'œuvre, n'auront qu'à s'adresser à la Cour ou aux *Charity Commisioners* pour les mettre à l'abri de toutes poursuites et posséderont sur eux en toutes hypothèses un droit de suite des plus énergiques. Enfin jamais, à la mort du *trustee*, ce patrimoine ou la quote-part dont il est prétendu propriétaire, ne passera entre les mains de ses héritiers avec les biens de sa succession ; jamais il ne pourra être l'objet comme celle-ci d'une main-mise de l'État si personne ne se présente pour les recueillir. Les droits des héritiers, comme les droits de l'État sur les successions en déshérence, s'arrêteront devant la personnalité indépendante du patrimoine : on procèdera seulement à la nomination d'autres *trustees*.

Il n'y a pas là seulement une simple manifestation des droits de créanciers que leur indétermination, qui est, il ne faut pas l'oublier, une condition essentielle de la validité de la fondation anglaise, rend bien difficile à concevoir comme pouvant en être titulaires. L'analogie avec les théories françaises sur le droit de suite des

créanciers hypothécaires des articles 2114 et suivants du Code civil, la revendication des meubles des articles 2279 et 2280, l'action oblique de l'article 1166 et l'action Paulienne de l'article 1167 n'existe pas. Il y a plus : c'est la propriété elle-même qui en réalité n'appartient pas aux *trustees*.

C'est ce que le droit anglais lui-même a bien compris : y a-t-il vraiment une meilleure preuve de la personnalité morale de la *Charity* que toutes ces fictions qu'il est contraint d'accumuler pour pouvoir se dispenser de reconnaître ouvertement son existence. N'est-ce pas elle que cherche à suppléer cette distinction toute conventionnelle entre un *equitable estate* appartenant aux bénéficiaires et un *legal estate* attribué aux *trustees* : bénéficiaires et *trustees* qui, en fait, sont, non pas considérés en eux-mêmes faute de pouvoir être précisés, mais seulement dans leurs rapports éventuels avec la fondation. Les inconvénients de cette indétermination ne se font pas sentir seulement pour les *cestuis que trust* pour lesquels ils ne sont que théorique, car on se trouve alors en matière d'*Equity* ; ils sont aussi manifestes et sensiblement plus graves à l'égard des *trustees* dont la situation est réglée par référence aux dispositions de la *Common law*. Il fallut pour sortir d'embarras appeler à l'aide une nouvelle fiction. N'est-ce pas encore la personnalité civile qui, malgré tous les efforts faits pour la dissimuler, perce dans l'existence du *body of individual trustees*, groupe indéfiniment renouvelable et sans cesse renouvelé sans que la continuité de son rôle s'en trouve atteint ? N'est-ce pas pour suppléer à sa reconnaissance explicite qu'on a été obligé de recourir à cette théorie subtile de la *joint-tenancy* dont les quatre unités con-

férant à l'ensemble des *trustees* l'aspect d'un possesseur unique titulaire de tous les droits, ne servent qu'à localiser fictivement d'une façon distincte sur des personnes physiques, une propriété qui n'appartient en réalité qu'à une personne morale dont ils ne sont que les organes de relation avec le monde extérieur ?

Et ce qui prouve mieux que tout raisonnement, la nécessité de la notion de la personnalité morale dans la fondation, c'est que malgré cette succession de constructions juridiques aussi fragiles que complexes, élevées pour masquer son absence, on a été contraint de l'admettre sur un point de détail : l'impôt.

On avait cru qu'on parviendrait à faire remplir par une série de fictions partielles, théoriquement mal établies et mal conçues, le rôle qui lui revient nécessairement et logiquement. On avait cru qu'il suffirait d'une division arbitraire de la propriété pour suppléer à un propriétaire ; qu'on parviendrait par une simple séparation des patrimoines à donner à une masse de biens une véritable existence distincte ; qu'on pourrait remplacer par le subterfuge de la *joint tenancy* l'idée de propriété perpétuelle. On avait cru réussir, le but était atteint, quand un vice de construction se révélant tout à coup, on s'aperçut que l'édifice construit à si grande peine, s'écroulait tout entier. Les *trustees* étant légalement propriétaires des biens de la succession il en résulte que chaque fois que l'un d'eux vient à disparaître et à être remplacé dans le *body of individual trustees* il s'opère une mutation de propriété. Ses conséquences furent bien à peu près complètement aplanies au point de vue civil, mais le fisc exigeait le paiement des droits de mutations. Pour y échapper on ima-

gina de décider que le patrimoine de la fondation pourrait être *vested* entre les mains de *trustees* spéciaux dit les *Official trustees* qui présentant, dans leurs fonctions, le caractère de *perpetual succession* caractéristique de la notion de *corporation* pourront le posséder éternellement.

La conséquence de ce procédé presque universellement adopté est que les *individual trustees* se trouvent strictement réduits au rôle d'administrateurs d'un patrimoine appartenant en somme à l'État, sous la charge de l'affectation : c'est ainsi que pour vouloir partir de la fondation privée sans personnalité, on arrive, à cause de l'absolue impossibilité de cette conception, à la puissance maxima de la fondation publique et à l'obligation d'admettre une personnalité morale extérieure à l'œuvre, faute de consentir à reconnaître celle qu'elle contient nécessairement d'une manière implicite.

Si dans la *Charity*, en effet, il n'y a pas le mot, il y a la chose. Toute la différence est que le droit anglais a su maintenir l'abstraction au second plan et méprisant toute théorie scientifique prendre de la personnalité morale la notion inséparable de l'affectation perpétuelle d'un patrimoine à un but déterminé sans s'embarasser de questions théoriques et en sauvant les apparences par un dédoublement de propriété qui permet de dissimuler la fondation dans les formes du droit commun.

La reconnaissance de la fondation directe et l'admission du droit de fonder impliquent forcément la concession à un patrimoine d'une vie et d'une personnalité distincte à la fois de celles, de ceux qui peuvent être appelés à en jouir et de ceux qui sont chargés de l'ad-

ministrer. Ils ne sont que les bénéficiaires ou les organes de l'œuvre ; ils ne sont pas les sujets des droits patrimoniaux. Le raisonnement comme les faits, la logique comme l'expérience, la philosophie comme le droit, prouvent la nécessité, dans la fondation, de la personnalité fictive concédée par l'État à l'œuvre éternelle.

TROISIÈME PARTIE

Application aux conflits des lois.

La détermination de la notion juridique internationale de la fondation peut maintenant nous servir à fixer les solutions à donner aux questions de conflits qui viendront certainement de plus en plus fréquemment se poser à son sujet en droit international.

Il fallait avant d'aborder cette étude en être arrivé au point où nous en sommes, car il importait de montrer, que malgré tout ce qui a pu être dit et écrit, la fondation se présente dans tous les pays sous un aspect à peu près identique : celui d'une institution offrant le spectacle d'un mélange intime du droit privé et du droit public. Cette notion uniforme permettra de généraliser les principes de résolution (que nous déterminerons en étudiant plus spécialement le droit français) quelles que soient les législations entre lesquelles le conflit vienne à se soulever.

Mais, dira-t-on, quelle utilité d'étudier en droit international la fondation, si on y reconnaît l'influence prépondérante et indiscutable du droit public ? les solutions ne seront-elles pas, par cela-même, toujours négatives ?

n'est-il pas d'évidence que la valeur internationale d'une telle institution ne peut s'imposer aux États étrangers ? Ces objections seraient exactes s'il n'était pas possible de distinguer dans la fondation ce qui est de droit public, de ce qui est le droit privé ; de séparer leur qualité de personnes civiles de celle de personnes publiques ; de fixer les limites qui existent entre leur vie juridique de droit commun, et la fonction officieuse, sinon officielle qu'elles sont destinées à remplir au nom de l'État. Or nous croyons qu'on peut facilement parvenir à déterminer dans chaque cas, le caractère de l'acte accompli : une fois celui-ci découvert la solution à donner s'imposera d'elle-même.

Quelles sont donc les hypothèses de conflit qu'on peut concevoir à propos de fondation entre le droit de deux pays différents ? Il n'est naturellement pas question d'en donner une énumération de détail, mais simplement d'en fournir une classification générale. Or, à ce point de vue, il semble qu'on puisse découvrir trois sortes de questions nettement séparées par la matière de la contestation comme par les solutions qui leur sont applicables :

1° La validité dans un pays autre que celui selon la législation duquel elle a été créée, de la fondation directe qui revêt la forme d'un organisme nouveau doué d'autonomie et d'indépendance, c'est-à-dire en France d'une *charity* ou d'une *Stiftung*, ou d'une œuvre, reconnue d'utilité publique à l'étranger. — Faut-il admettre, *de plano*, à la vie civile toutes les fondations étrangères légalement constituées, avec les droits et les privilèges qui peuvent leur appartenir dans leur pays d'origine, sous prétexte d'extraterritorialité des lois

de statut personnel ? Faut-il au contraire les soumettre uniformément à l'autorisation préalable du pays où elles demandent à jouir des avantages de la vie juridique, parce qu'elles sont une création de la loi politique étrangère et que celle-ci ne saurait exercer au delà des frontières de l'Etat dont elle émane, un empire qui porterait une grave atteinte au principe du respect international de la souveraineté ?

2° Validité de la fondation indirecte par dons ou legs au profit d'une personne morale étrangère préexistante. Doit-on considérer comme susceptible de recevoir de plein droit exécution, une libéralité entre vifs ou à cause de mort consentie en faveur d'un établissement public ou d'utilité publique étranger ?

3° Possibilité de fonder en France suivant la loi étrangère ou à l'étranger suivant la loi française. Doit-on reconnaître en notre matière, à l'autonomie de la volonté du fondateur, le pouvoir de choisir la loi sous l'empire de laquelle il entend organiser son œuvre ? ou doit-il nécessairement se soumettre à la législation du pays dans lequel la fondation est destinée à fonctionner.

Un examen un peu plus attentif de la première de ces questions permet de la décomposer en trois points distincts qui sont les suivants :

a) Capacité générale de la fondation étrangère à exercer tous les droits privés dont sa nature est susceptible.

b) Restrictions et conditions posées en vue de l'ordre public à l'exercice de certains droits privés (droit d'acquérir).

c) Impossibilité pour la fondation étrangère d'exercer la fonction même dont elle est investie.

Il est d'un intérêt primordial d'étudier séparément ces trois aspects que peut présenter le conflit. Les solutions à donner différeront pour chacun d'eux. Mais il est remarquable que, si dans le premier cas on reste en présence d'une question spéciale, le problème se présente pour le second dans des termes analogues à ceux du conflit en matière de fondation indirecte ; et pour le troisième à ceux du conflit sur le droit de fonder suivant une loi étrangère.

En effet les fondations pouvant, selon nous, être assimilées en tous pays à ce que nous désignons en France sous l'appellation d'établissements d'utilité publique on devra leur appliquer les mêmes solutions qu'à ceux-ci quant au droit d'acquérir en France.

De même les obstacles que rencontre la poursuite par une fondation étrangère du but que la loi qui l'a reconnue comme personne morale lui a donné le droit de chercher à atteindre, sont exactement les mêmes que ceux qui s'opposent, sauf exception, à l'organisation d'une œuvre sous une loi étrangère au pays d'exercice.

Il convient donc d'étudier successivement dans trois chapitres distincts :

I. — Si la fondation étrangère a, en France, une valeur juridique et une capacité quelconque au regard du droit privé.

II. — Si cette volonté juridique et cette capacité ne doivent pas être restreintes, limitées, ou conditionnées, en cas de conflit avec l'ordre public territorial.

III. — Si on ne doit pas repousser d'une façon absolue sur le territoire, la poursuite par une fondation

créée par une loi étrangère de la mission d'intérêt public qu'elle a reçue de celle-ci.

Les solutions que nous donnerons à ces questions sont toutes préparées par les conclusions auxquelles nous avons abouti dans notre théorie générale internationale de la fondation. Elles en dériveront directement et s'appuieront sur ces deux principes, à savoir que, d'une part, il importe dans l'intérêt de l'humanité entière de favoriser chaque fois que cela est possible l'extension et le progrès du droit international, mais que, d'autre part, l'application de la loi étrangère ne saurait prévaloir chaque fois que l'ordre public national est directement intéressé.

CHAPITRE PREMIER

VALIDITÉ INTERNATIONALE DE LA FONDATION COMME PERSONNE MORALE DE DROIT PRIVÉ

§ 1 — La personne morale a-t-elle une valeur extra-territoriale ?

Nous avons cherché à montrer que la fondation directe entraîne comme substratum indispensable la notion de personnalité morale. Tout en appuyant sur ce qu'il faut se garder d'attribuer à ce concept purement doctrinal, une importance qu'il ne mérite pas, et qui peut ne pas être sans danger, nous nous sommes efforcés de démontrer que c'est là une explication juridique inhérente à l'idée même de fondation et qui se retrouve en fait sous cette institution, dans toutes les législations quelles qu'elles soient.

Si bien que le problème de la validité internationale de la fondation directe revient à se demander quelle est la valeur extraterritoriale de la personnalité morale et peut, d'une façon générale, se formuler en ces termes : Une personne morale régulièrement établie à l'étranger doit-elle être considérée hors de son pays d'origine comme pouvant jouir, sans avoir besoin d'obtenir aucune autorisation, des droits et prérogatives attachés

à cette personnalité morale par la législation sous l'empire de laquelle elle a été constituée, alors même que les collectivités ou établissements indigènes similaires ne peuvent être dotés de la personnalité que s'ils ont sollicité et obtenu la reconnaissance de l'État ? Aura-t-elle, au contraire, besoin d'une autorisation expresse ou tacite (1) de la part de l'Administration ? Telle est l'alternative qui se pose et à laquelle il s'agit de donner une solution générale.

Cette question se présente avec une ampleur qui dépasse le cadre de ce travail. Nous ne l'étudierons que par rapport aux fondations. La discussion de principe serait d'ailleurs la même pour les associations ou les corporations. Seules les sociétés, soumises à une législation spéciale plus précise, doivent être envisagées d'une façon distincte des personnes morales à but non lucratif : nous ne nous en occuperons pas car elles ne se rattachent à notre sujet ni de près ni de loin.

Si l'on cherche dans les lois positives quelque éclaircissement, quelque indication, quelque tendance générale, on ne retire de cet examen que déception et confusion d'idées. Les législations postérieures à notre code civil, inspirées par lui ou indépendantes de son influence, adoptent sur la question qui nous intéresse les solutions les plus contradictoires toujours exprimées d'une façon relativement laconique et peu précise (2) ; et quant à

(1) Par reconnaissance tacite, nous entendons les cas où il n'y aurait pas lieu à intervention administrative spéciale, grâce à l'existence d'un texte législatif la donnant d'avance d'une manière collective.

(2) Voir à ce sujet les renseignements fournis par M. A. WAHL

notre propre code qui ne s'est préoccupé du droit international privé que dans des textes aussi rares que peu explicites, il n'y faut pas chercher une allusion quelconque à la situation spéciale des personnes morales : il les néglige, ou, pour mieux dire il les ignore. Les textes sont muets ; mais il serait prématuré d'en conclure qu'il faille se garder d'appliquer aux personnes morales ce que la loi dit des personnes en général. Les termes sont assez larges pour les comprendre ; on n'en peut rien tirer contre elles (1).

Ce qui le prouve c'est qu'on ne fait aucune difficulté pour appliquer dans la pratique aux personnes morales étrangères, le principe de la réciprocité dans la jouissance des droits civils, entre l'étranger en France et le Français dans le pays auquel il appartient, énoncé par l'article 11 ; les dispositions des articles 14 (2) et 15 (3) c. civ. sur la compétence des tribunaux français en cas de difficulté sur un contrat passé entre elles et un français quel que soit le demandeur ; l'obligation enfin de fournir le *cautio judicatum solvi* imposée par l'article 16 c. civ. dans le cas où elles intenteraient une action devant nos tribunaux (4). Y a-t-il une meilleure preuve de ce que le mot étranger, inséré dans un texte, n'exclut nullement la personne morale ?

dans sa note si substantielle sous Cass., Turin, 21 décembre 1897, S. 1900, IV, 25.

(1) BROCHER, *Cours de Droit international privé*, t. 1, n° 64 et s.

(2) Cass. 1^{er} juillet 1895, S. 1896, 1, 225.

(3) Cass. 12 juillet 1893, S. 1895, 1, 471.

(4) Trib. civ. Seine, 13 avril 1877. *Journal du Droit international privé* 1878, p. 160. — Trib. de Nancy, 16 novembre 1883 et trib. Seine, 26 mai 1884, S. 1888, II 89 et la note de M. Chavegrin — WEISS, *Traité élém. de Droit international privé*, p. 762, note 1.

Les rédacteurs du code n'ont eu en vue que les personnes physiques dont l'individualité plus tangible les fascinait à elle seule ; leur attention s'est toute entière concentrée sur celles-ci au préjudice des conceptions abstraites. Ils ne se sont préoccupés que de l'hypothèse la plus fréquente : ceci est de toute évidence. S'il faut leur reprocher un tel oubli il faut bien reconnaître qu'ils étaient en partie excusables. La codification du droit français était un travail colossal et il était plus urgent de réaliser l'uniformité des relations réciproques des citoyens, et d'assurer une sanction sûre à leurs conventions, que de se lancer dans des discussions purement théoriques comme on a pu le faire depuis en Allemagne, lors de la confection du *Bürgerliches Gesetzbuch* qui est à la vérité moins encore un code qu'un véritable droit de code. Et d'ailleurs comment s'étonner que la personnalité morale ait été négligée au lendemain de la Révolution qui avait supprimé toutes ou presque toutes les fondations ou associations, alors que les sociétés commerciales étaient bien loin d'avoir l'importance qu'elles ont maintenant, et que l'individualisme triomphant qui venait de détruire les corporations de métiers et les établissements religieux s'opposait à cette tendance à se grouper, à s'associer, à se syndiquer qu'on trouve aujourd'hui dans toutes les branches de l'activité humaine.

Si, désespérant de trouver dans le droit positif les renseignements qu'on y cherchait, on se rejette sur les travaux de la doctrine des divers pays avec l'espoir d'y rencontrer une opinion scientifiquement construite et à peu près universellement adoptée, on est saisi d'étonnement en y trouvant le spectacle d'une anarchie à peu

près absolue. Les auteurs y sont partagés en deux camps de force sensiblement égale, tant par le nombre de ceux, qui les composent que par l'autorité de ceux qui les dirigent (1). Toutefois le parti soutenant la capacité juridique internationale de la personne morale étrangère, paraît jouir plutôt d'un certain avantage et cette opinion semble acquérir un crédit de plus en plus grand, à mesure que se développent les systèmes de réalité ou de négation de la personne morale et qu'augmentent leur faveur au préjudice de la fiction.

Négligeant en effet les quelques considérations qui y sont étrangères et dont l'importance pratique paraît cependant bien loin d'être négligeable, on fait reposer toute la question sur la théorie de la personnalité morale, et de la notion variable qu'on s'en fait, on tire comme une conséquence logique, la territorialité stricte ou au contraire l'extraterritorialité de sa capacité juridique.

Si l'on repousse la personnalité morale comme une conception inutile et dangereuse ne faisant que dissimuler aux yeux la collectivité des individus physiques qui la composent et qui seuls méritent d'être pris en considération, il est bien évident que le statut personnel de ces individus les suivant à l'étranger, il y faudrait reconnaître également la validité de la somme des activités et des droits individuels partiels qui par leur réunion constitueraient la prétendue capacité juridique de la personne civile.

Et de même les partisans de la théorie qui voit dans la personnalité morale une réalité juridique qui,

(1) Voir la bibliographie dans la note de M. WAHL déjà citée.

quoique distincte des individus, s'impose à la loi avec une force égale à la leur, ayant comme eux-mêmes une existence naturelle indéniable, se montrent logiques en considérant que, sauf dispositions contraires de la loi étrangère, celle-ci ne peut repousser une capacité juridique aussi certaine et aussi évidente que celle de la personne physique elle-même.

Mais si, au contraire, fidèle au système de la fiction, on ne voit dans la personnalité morale qu'une concession gracieuse faite par l'État à une œuvre ou à un groupement, lui reconnaissant des droits totalement différents de ceux des individus auxquels elle se trouve superposée, sans correspondre à aucune réalité, fut-elle seulement de nature abstraite, on sera tout naturellement porté à en conclure que cette entité fictive entièrement irréelle, n'ayant aucune capacité en dehors de celle qui lui est ainsi consentie dans des limites plus ou moins larges par la souveraineté indépendante qui l'a tirée du néant, n'a point d'existence juridique au delà des frontières du territoire sur lequel elle s'étend.

Ceci dit simplement pour montrer l'influence qu'exerce sur la façon de solutionner la question qui nous occupe, l'adoption de telle ou telle théorie de la personnalité morale et non comme ayant la prétention de fixer les trois systèmes entre lesquels il faudrait nécessairement opter. Non seulement on peut être partisan d'une conception différente des trois types principaux qui viennent d'être rapidement décrits, mais encore et surtout, les conclusions qu'on en déduit au point de vue du droit international privé, en paraissant les considérer comme nécessaires, ne s'imposent pas avec une rigueur aussi absolue qu'on veut bien le dire.

De plus d'autres facteurs entrent en jeu et viennent changer l'aspect du problème, si bien que c'est une erreur de croire que la solution à donner à la validité internationale de la personne civile résulte uniquement, directement et logiquement, selon l'un des trois raisonnements sommairement exposés plus haut, d'une conception purement subjective et qui, c'est l'expérience qui nous l'enseigne, est sujette à un si grand nombre d'interprétations différentes.

**§ 2. — Extension aux personnes morales du bénéfice
du statut personnel.**

Aujourd'hui tous les pays civilisés reconnaissent à l'étranger la jouissance des droits civils et admettent que sa loi nationale continue à régir son état et sa capacité. L'étranger personne physique est indubitablement, par cela seul qu'il est un homme, un sujet de droit dont la liberté doit être reconnue et protégée partout où s'étend son activité, pourvu seulement que celle-ci ne s'exerce pas dans un sens qui nuise à la tranquillité ou à la sûreté publique de l'État qui l'accueille, et n'y porte pas atteinte à l'ordre de chose établi. Tout le droit international privé a pour but de parvenir à élargir de plus en plus le cercle où peut se mouvoir cette activité, d'en faciliter de jour en jour davantage les manifestations, et d'assurer par la détermination définitive des principes de conflits de lois, des solutions rationnelles et sûres dans les cas où il est impossible d'arriver à l'unité de droit.

On peut considérer comme un point acquis et certain du droit international privé que les étrangers participent

en France à la jouissance des droits civils et que leur état comme leur capacité restent régis par la loi de leur pays (1). Il n'y a là qu'un procédé de simple réciprocité pour obtenir des juges étrangers, non pas qu'ils obtempèrent au commandement, mais qu'ils se conforment au désir exprimé dans l'article 3, de notre code civil pour ce qui est des français résidant hors de leur patrie (1).

Chaque nation, toute puissante dans l'étendue de son territoire ne peut être contrainte de tenir compte des droits reconnus à l'étranger par son droit national. Souveraine et indépendante, elle pourrait refuser d'admettre d'une façon absolue l'application ou les effets de la loi étrangère, et n'excéderait pas ses droits légitimes en refusant à l'étranger toute capacité, ou en le traitant par rapport à celle-ci comme elle traite ses propres nationaux. Mais pour des raisons de convenance réciproque, dans le but de favoriser les relations internationales d'ordre privé, sur lesquels repose aujourd'hui la sécurité du commerce mondial, les divers États ont été amenés à décider implicitement que leurs tribunaux appliqueraient, par exception au principe de souveraineté, aux nationaux des autres pays qui résideraient chez eux ou y interviendraient dans des actes juridiques, leurs propres lois concernant l'état et la capacité des personnes ; ou, pour s'exprimer d'une façon plus générale, on convint de reconnaître aux lois de statut personnel un effet international (2).

(1) V. Cass. Florence, 25 nov. 1895, S. 1897, 4, 20. — Cf. Code civil italien disposit. prélimin. aut. 6. — Projet de revision du C. civ. fr. en Belgique, titre prélimin. art. 5. — De même, résolution prise par l'Institut de droit international dans sa session d'Oxford en 1880.

(2) A cette idée de bonne volonté et de courtoisie réciproque

Les lois personnelles, expression visible de mille éléments physiques, intellectuels et moraux constitutifs de la nationalité, peuvent être considérées comme si intimement attachées à la personne même de l'individu, issues qu'elles sont de l'esprit du peuple et spécialement façonnées pour lui, qu'il est tout naturel qu'elles le suivent partout où il va se fixer. C'est là d'ailleurs sa volonté certaine autant qu'elle peut être présumée, si bien qu'on peut ne voir là qu'une application élémentaire et certaine du principe de l'autonomie de la volonté, lequel n'est d'ailleurs, lui aussi, qu'une conséquence plus large de cette même idée de courtoisie internationale (1). La situation est la même pour le français à l'étranger, pour l'étranger en France, pour l'étranger à l'étranger : partout on a rangé les lois d'état et de capacité au premier rang des lois de statut personnel destinées à produire un effet international. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens et il n'y a de controverse que sur le point très spécial de savoir si la décision d'un tribunal français qui, dans une question de statut personnel, appliquerait à l'étranger la loi française au lieu de sa loi nationale, serait susceptible d'encourir la sanction de la Cour de cassation (2). Nous nous élevons énergiquement contre l'opinion selon laquelle les lois

M. Pillet substitue une idée d'obligation tirée du droit public : V. Pillet, principes de Droit international privé, et : le Droit international privé considéré dans ses rapports avec le Droit international public, broch. p. 27, n° 28.

(1) Cf. LAURENT, *Principes de Droit civil*, t. I, n° 74, *Droit civ. int.*, t. II, n° 43.

(2) Voyez DEMANGEAT, du statut personnel, *Rev. prat.* 1856, t. I, p. 50 et *in fine* note sous Cass. Belgique, 9 mars 1882, S. 1882, 4. 17.

étrangères cesseraient d'être applicables chaque fois que le français traitant avec un étranger y aurait intérêt (1). Une pareille exception serait destructive du principe (2). Nous repoussons également celle qui considère que le statut personnel de l'étranger doit céder devant les intérêts français lorsqu'ils paraissent mériter une protection spéciale en raison de circonstances particulières (3). C'est encore la même injustice avec l'arbitraire en plus. On a d'ailleurs fait remarquer que ce système ne repose sur aucun fondement juridique et que rien n'autorise à modifier dans l'intérêt français le statut personnel de l'étranger appliqué par réciprocité de l'article 3. c. civ. (2).

Mais faut-il accorder de plein droit aux personnes morales étrangères, conceptions purement fictives, la même existence, la même capacité qu'on consent à reconnaître à la créature humaine douée de raison et de

(1) Cf. VALETTE SUR PROUDHON, *État des personnes*, t. I, p. 85.

(2) LAURENT, *Principes de Droit civil fr.*, t. I, n° 84.

(3) Cf. AUBRY ET RAU, t. I, p. 91, § 31.

(4) Cf. LAURENT, *Principes de Droit civ. fr.*, t. I, n° 84, 85, *Droit civ. int.*, t. II, n° 48.

Tout le monde au contraire, est d'accord pour faire exception à l'application du statut personnel si l'ordre public national est en jeu ou si l'étranger a usé de dol ou de fraude pour dissimuler son extranéité et convaincre son cocontractant qu'il était français. Il faut dans ce cas que ce dernier soit excusable de n'avoir pas connu cette extranéité. Le dol et la fraude font exception à toutes les règles. (DEMANGEAT, *Revue prat.* 1856, t. I, p. 56. — LAURENT, *Principes de Droit civil fr.*, t. I, n° 97, *in fine*.)

L'application du statut personnel de l'étranger n'est pas sans inconvénients pour les tiers. On a cherché à y remédier. Voyez par exemple l'article 15 des dispositions préliminaires du projet de C. civ. belge de Laurent (LAURENT, *Droit civ. int.*, t. VIII, n° 71, p. 119).

volonté, et dont l'individualité s'impose à la loi étrangère elle-même ? S'il plait à un État, pour son utilité générale, de reconnaître l'existence dans son sein de personnes supplémentaires représentatives d'un patrimoine affecté, ou superposées aux individus physiques dont elles personnifient le groupement et synthétisent l'activité ces entités juridiques doivent-elles, par cela seul qu'elles ont été régulièrement formées suivant la législation du pays où elles ont pris naissance, être nécessairement acceptées et respectées à l'étranger ?

Etant donné qu'il est universellement admis dans toutes les législations que la loi nationale de l'individu règle son état et sa capacité, il semble que l'on devrait étendre sans difficulté aux personnes morales la même solution, et admettre que les droits accordés à l'une d'elles par les lois de son pays d'origine puissent valablement être invoquées ou exercés à l'étranger, sans qu'il soit besoin que leur existence y soit reconnue préventivement. La personne juridique doit être considérée partout comme valablement constituée par l'observation des dispositions de la loi qui avait qualité pour cela. Dès lors elle doit être en principe acceptée en tous lieux comme un sujet de droits légalement reconnu (1).

(1) En ce sens : MERLIN, *Rép. V^o Mainmorte* §§ 7 et 8, — LAINÉ, *Journal du Dr. int. pr.*, 1893, p. 275 et s. — MICHOD, *Rev. gén. du Droit int. public.*, 1894, p. 194 — LYON-CAEN, *Rev. crit.*, 1894, p. 490 et s. — PIÉBOURG, *De quelques questions sur les personnes civiles. Rev. de législat. ancienne et mod.*, 1876, p. 280; — CHAMPCOMMUNAL, *Étude sur les donations. et les testaments, en Dr. int. p.* p. 10; — SURVILLE et ARTHUYS, *Cours élém. de D. int. p.* n^o 137; — BROCHER, *Cours de Dr. int. p.*, t. I, n^o 61 et s.; — FÉLIX, *Traité de Droit int. p.*, t. I, n^o 34; — DESPAGNET, *Précis de Droit international privé*, n^o 47 et s.; — DUCROCQ, *Cours de Droit admi-*

Pour en décider autrement il faudrait voir entre les personnes morales et les personnes physiques des différences essentielles. Existent-elles ? Nous ne le croyons pas.

Nous nous séparons ici de la doctrine soutenue par de nombreux auteurs parmi les plus éminents dans la science du droit international privé (1), qui opposent la personne fictive, être de raison, à la personne physique réelle, et pensent qu'un abîme les sépare. Les unes vivent, les autres ne vivent point, les unes tiennent leurs droits de leur nature même, les autres n'ont qu'une existence essentiellement précaire et fictive sans autre capacité juridique que celle que la loi a bien voulu leur conférer. Tandis, par conséquent, que les êtres humains personnes véritables jouissent nécessairement en tous pays par cela seul qu'ils existent de tous les droits qu'exige leur activité, les personnes fictives ne

nistratif, 6^e édit. t. II, n° 1599 et s., et *Rev. du Droit public*, 1894, t. I, p. 53.

A l'étranger cette opinion a eu pour défenseur VON BAR, CROME, ZITELMANN, WEGTER, ET GIORGI. On trouvera dans la note de M. A. WAHL sous Cass. Turin, S. 1900, IV, 25 une bibliographie très complète.

(1) Voyez principalement : LAURENT, *Principes de Dr. civ. fr.*, t. I, n° 285 et s.; *Droit civ. int.*, t. IV, n° 100 et s.; — WEISS, *Traité th. et pr. de Dr. int. p.*, t. II, 393 et s.; — AUBRY ET RAU, 4^e édit. t. I, p. 188 § 54.; — DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse du Dr. int. p.* t. II, n° 745 et s.; — ROLIN, *Principes de Dr. int. p.*, t. I, n° 27 et s.; t. II, n° 806; — WESTE, *Journal du Dr. int. p.*, 1893, p. 1125; — VAUTHIER, *Études sur les personnes morales*, p. 286 et s., 338 et s.; — FIORE, *Dr. int. p.*, t. I, p. 311; — SAVIGNY, *traité de Droit romain*, trad. GUÉNOUX, t. II, § 88; — WESTLAKE, *Rev. de Dr. int. p.*, t. 14 p. 300; — LAFERRIÈRE, *Cours de Dr. public et adm.*, t. I., p. 310. — Voir pour références complémentaires la bibliographie donnée par M. WAHL, S. 1900, IV, 25.

tenant les leurs que de la loi politique qui les a reconnues comme juridiquement capables dans un intérêt purement national, ne peuvent se réclamer en dehors du territoire soumis à la souveraineté de l'État qui les a appelées à la vie d'une capacité, d'ailleurs limitée, appropriée à leur but, et strictement mesurée suivant leur destination (1). Pour pouvoir agir à l'étranger il leur sera donc nécessaire d'obtenir du pays où ils veulent exercer leurs droits, une reconnaissance particulière par l'effet de laquelle elles deviendront en quelque sorte les nationales de ce pays : « Une fiction universelle, créée par la volonté d'un législateur local, et, a dit Laurent, une impossibilité juridique (2) ».

Telle n'est pas notre opinion personnelle bien que ce soit celle qui paraît se rattacher tout naturellement à la théorie, à laquelle nous donnons notre pleine adhésion, de la création fictive de la personnalité juridique, spécialement de la personnalité juridique de la fondation, par un acte de création souveraine de l'État qui la tire du néant. Car nous ne pensons pas, qu'au moins dans le domaine abstrait du droit, il y ait entre les personnes physiques et les personnes morales des différences aussi

(1) « L'être moral reçoit avec la vie l'indication de la carrière qu'il doit parcourir ; il n'est jamais reconnu par l'État qu'avec une destination définie et un caractère spécial, et sa capacité juridique est restreinte dans la limite de ce caractère et de cette destination » PRÉBOURG, *op. cit.*

(2) LAURENT, *Dr. civ. int.*, t. IV, p. 232, 262. M. WEISS, qui exige l'autorisation de l'État d'exercice admet au contraire qu'une fois reconnue la personne morale étrangère garde sa loi nationale personnelle comme loi de capacité. *Traité th. et prat. de Dr. int. p., t. IV*, p. 663 et s. De même MERLIN, *Rep.* V^o gens de main morte § VII, n^o 1 et 2. Voir références dans WEISS, *op. et loc. cit.*

profondes conduisant à une opposition aussi nettement tranchée.

Ce n'est pourtant pas parce que la personne morale ne ferait que dissimuler et synthétiser les personnes physiques que l'on retrouve derrière elle (1) que nous nous refusons à admettre cette doctrine. Cette explication qui se présente sous un aspect assez séduisant pour l'association, est, on l'a vu, d'une application impossible à la fondation patrimoine affecté représenté par une personne fictive (2). Si toutes les fondations supposent au fond des bénéficiaires ceci n'implique pas forcément qu'on soit autorisé à n'y voir qu'une modalité de la vie juridique de ceux-ci. Une fondation de bourse dans une université, la fondation d'un hôpital supposent bien des bénéficiaires indéterminés ; mais on ne voit pas qu'elles « reposent sur le groupement d'efforts humains », qu'on y rencontre « le concours vers un but commun de personnes réelles ». Peut-on d'ailleurs trouver une meilleure preuve de la fausseté de ce système que la difficulté où ses partisans se trouvent d'en fournir une explication claire ; ils sont obligés d'entrer dans des distinctions subtiles et aboutissent finalement à cette conclusion que la fondation indépendante, un hospice par exemple, douée d'une certaine autonomie et d'une certaine vie propre à lui conférée au moyen de la personnalité civile, pure fiction, si elle est

(1) Cf. BROCHER, *Cours de Dr. int. p.*, t I, p. 187 ; LAINÉ, *des personnes morales en Droit inter. privé. Journal du Droit intern. privé*, 1893 p. 279 ; DESPAGNET, *Précis de droit internat. privé*, p. 47 et s. ; MICHOD, *De la capacité en France des personnes morales étrangères, Revue générale du Droit int. public*, 1894, p. 195.

(2) Voir au texte, II^e partie, ch. II, 2^e sect., § 1, p. 206 et s.

envisagée isolément n'est cependant, parce que faite dans un intérêt public, qu'un organe de l'État ou de la commune. Elle se rattache si étroitement, tout en étant jusqu'à un certain point séparée, à ce corps dont elle émane, qu'envisagée dans ses rapports avec lui sa personnalité revêt son véritable caractère qui est celui d'une délégation d'une autre personne, celle de l'État ou de la commune qui, eux, reposent bien sur des associations d'hommes (1). Nous aussi pensons que la personnalité morale de la fondation est une délégation de l'État, mais c'est directement de là que nous faisons dériver son caractère de fiction ; nous ne concevons pas au contraire que cette fiction, qui n'est pas autre chose que la personnalisation d'une œuvre et du patrimoine de cette œuvre, puisse en même temps se confondre dans la personnalité de l'État ou de la commune. Pourquoi ne pas dire alors tout simplement que la commune ou l'État est propriétaire de la fondation comme représentant l'agglomération des bénéficiaires éventuels ; mais alors on se heurte à la fois aux objections que nous avons faites aux théories de la propriété de l'État sur les fondations et à celles de la propriété collective de leurs bénéficiaires indéterminés. S'il est vrai que c'est le propre des idées justes de s'expliquer simplement on conviendra que la notion de validité internationale de la fondation reposant sur la capacité juridique permanente de ses bénéficiaires n'est pas de celles-là.

On a fait remarquer d'autre part (2) que les principes du droit international ne s'opposent aucunement à ce

(1) Cf. AINÉ, *op. et loc. cit.*

(2) A. WAHL, note citée.

qu'une fiction créée par une législation particulière soit reconnue comme pouvant avoir effet dans les autres pays. C'est ainsi par exemple que l'effet déclaratif attribué par la loi française au partage, quoique ne reposant que sur une pure fiction produira, au moins dans certaines hypothèses ses effets à l'étranger (1). De même la double fiction en vertu de laquelle l'enfant qui naît vivant et viable moins de 300 jours après l'ouverture d'une succession à son profit est considéré comme ayant été conçu et conséquemment comme capable de venir comme héritier, est parfaitement admise en tous pays. Et si la mort civile ne peut être reconnue là où la loi ne l'admet pas, c'est uniquement parce qu'on y voit une disposition susceptible d'être contraire à l'ordre public national et non pas parce que c'est une fiction (2).

A notre avis le droit international s'oppose si peu à la fiction que chaque fois qu'il admet ou applique le droit étranger il donne par cela même effet international à une fiction.

Nous croyons qu'il y a entre l'entité juridique et la personne réelle une véritable identité de situation pour ce qui est du caractère des droits qu'elles peuvent avoir à invoquer à l'étranger (3).

(1) Cf. WEISS, *Traité élément. de Droit international privé*, p. 720 ; LAURENT, *Droit civil international*, t. VII, n° 27.

(2) WEISS, *Traité théorique et pratique de Droit international privé*, t. III, p. 382.

(3) Cf. LYON-CAEN, *Revue critique*, 1894, p. 490. « Il n'y a pas de « raison décisive pour ne pas assimiler au point de vue des lois à « leur appliquer en France les personnes civiles étrangères et les « individus étrangers. » (Note sur un arrêt de Cassation du 12 juillet 1893 rapportée au SIREY, 1895, I, 443.)

Dans le même sens note sous Cass., 1^{er} août 1860, S. 1860, 1, 866;

Sans doute tout droit est, pour la personne fictive, une concession du législateur libre de la réglementer comme il l'entend, d'étendre ou de restreindre la capacité qu'il lui accorde ; sans doute la puissance de chaque souveraineté ne dépasse pas les frontières et ne saurait imposer aux nations étrangères, sans leur assentiment, le respect des droits qu'il leur a plu de créer ; mais nous avons montré plus haut qu'il en était, à notre avis, exactement de même dans une société organisée pour les droits reconnus aux individus. A part les droits élémentaires de famille et d'existence dont précisément n'ont pas besoin les personnes morales, il n'est pas vrai de dire que les hommes ne tiennent leurs droits que de la nature : ils ne peuvent en jouir que parce que la loi le leur permet, parce qu'elle en protège l'exercice et en sanctionne le respect (1).

Or les raisons sur lesquelles se fondent l'article 3 de notre code civil, comme les dispositions similaires des législations étrangères, ont une valeur égale pour les unes et pour les autres. L'article 1 de la loi du 14 juillet 1819 qui est venu par l'abrogation des articles 726 et 912 du code civil effacer les derniers vestiges des droits d'aubaine et de détractation et déclarer que tout étranger a qualité pour recevoir des biens situés en France n'a fait de même aucune exception en ce qui concerne les personnes civiles (2). On s'accorde à reconnaître que

P. 1861, 400 ; WAHL note citée (S. 1900, IV, 25) et HEISSER, *Étude sur les personnes morales*.

(1) Voir au texte 2^e partie, ch. 2, 2^e section, § 4.

(2) V avis du Conseil d'État du 12 janvier 1854, S. 1855, 2, 806, D. 1856. 3, 16.

les lois ont fait en faveur des individus physiques, au principe du respect international de la souveraineté territoriale des États indépendants, une exception fondée sur une notion supérieure de *comitas gentium*, d'utilité commune et de réciprocité. Puisqu'on a reconnu la nécessité d'admettre d'avance l'état et la capacité des étrangers tels qu'ils sont fixés par leur loi nationale, pourquoi supposer que le législateur n'a pas voulu agir de même vis-à-vis des personnes morales ? Pourquoi se refuserait-on à accepter que la personnalité fictive attribuée, à une fondation par exemple, par l'État qui lui a donné la vie dû t la suivre en tous pays ? Pourquoi repousser vis-à-vis d'elle l'idée qu'il est avantageux pour tous de s'en remettre pour déterminer l'étendue des droits qui doivent lui être attribués aux solutions adoptées par la loi de son pays d'origine, seule réellement compétente pour en apprécier l'utilité ou les dangers ? Pourquoi exiger une reconnaissance expresse, soit individuelle sous forme d'un décret d'autorisation, soit tout au moins collective sous forme d'une loi, pour les placer sur la même ligne que les personnes physiques de même nationalité, au profit desquelles on admet sans difficulté le droit d'avoir leur statut personnel partout régi par leur loi nationale (1) ?

Et ce qui prouve bien que ce n'est pas de la nature seule que les personnes physiques tiennent les droits que leur reconnaissent sur leur territoire les nations étrangères, c'est que certaines législations ont cru devoir déclarer d'une façon expresse, quoique l'usage et les mœurs eussent pu paraître une garantie suffisante,

(1) Cf. A. WAHL, note précitée.

qu'elles ne se refusaient pas à reconnaître certains droits aux étrangers (1).

Ce qui a fait croire que la personne morale avait besoin d'être admise à l'étranger d'une façon plus formelle que la personne physique c'est la trop grande importance qu'on a donnée à leur antithèse ; on a cru que cette dernière existait en droit comme elle existe en fait, et on a transporté sur le terrain du droit une opposition qui n'existe qu'au regard de la nature ou de la philosophie. C'est ensuite cette idée que la personne morale reconnue *de plano* comme douée de capacité juridique, risque de heurter presque fatalement par son existence même l'ordre public en vigueur dans le pays. Sans doute cela sera vrai très souvent et il y aura lieu à cet effet d'apporter des restrictions importantes à la validité internationale de la fondation ; mais cela laisse intact le principe qui subsiste dans son intégrité.

Si on s'est refusé à l'admettre c'est par crainte de ses conséquences parce qu'on n'a pas su découvrir la distinction qui sépare les actes accomplis par la personne morale étrangère dans le domaine des droits privés de ceux qui, se rattachant à sa fonction, relèvent du droit public. Les différentes législations pourront opposer telles restrictions ou conditions qu'elles jugeront utiles à la capacité de la fondation étrangère ; mais il ne faut pas aller jusqu'à dire que son admission sur le territoire constituerait une grave atteinte à l'indépendance réciproque des États (2). Il n'y a pas de raison pour y voir

(1) Notamment le code italien de 1865 qui spécifie que « l'étranger est admis à jouir des droits civils attribués aux citoyens. »

(2) Arrêt Cass., Turin, 21 décembre 1897, S. 1900, IV, 25.

une brèche plus importante que celle qui résulte de la reconnaissance de la capacité des personnes physiques. Vouloir maintenir intacte la souveraineté et l'indépendance des États, même pour l'exercice des droits purement civils, ne serait possible qu'en suspendant toute relation entre eux et en décrétant la stricte territorialité des lois ce qui aurait pour résultat, en supprimant tout conflit possible, de faire disparaître la question.

§ 3. — **Communication à la fondation de la personnalité juridique de l'État étranger.**

Au surplus la fondation étant selon nous une personne morale revêtue d'un caractère public ou tout au moins mixte, devrait, quand bien même on refuserait aux simples personnes morales privées la validité internationale, être reconnue de plein droit à l'étranger comme une émanation de l'État qui a présidé à sa naissance.

La presque unanimité de la doctrine est en effet d'accord pour admettre que l'État par cela seul qu'il est, représente de plein droit une personne juridique, et que celle-ci s'impose d'elle-même à l'étranger du moment qu'elle a été constituée suivant les règles du droit public. Depuis Savigny (1), tous les auteurs vont répétant la célèbre formule : « L'État est une personne morale nécessaire » et nul ne songe à le contester (2). Néces-

(1) SAVIGNY, *Traité du droit romain*. Voyez sur la question note sous Cass., Turin, 18 novembre 1882, S. 1883, IV, 43.

(2) Voir cependant en sens contraire MOREAU, De la capacité des États étrangers pour recevoir en France, *Journ. du Droit international privé*, 1892, p. 337 et s.

saire comme personne politique, il a une existence également nécessaire au point de vue du droit privé. Il est de plein droit une personne morale ayant la capacité civile, susceptible de droits et d'obligations dans le domaine des intérêts privés. A côté de l'État souverain, organe de la puissance publique, on ne peut nier l'existence de l'État propriétaire, de l'État en tant qu'il est chargé de l'administration du patrimoine national. Eu égard à cette dernière qualité il doit être capable de posséder, d'acquérir, d'être sujet de droits civils.

Les partisans les plus déterminés de l'antithèse des droits fictifs de la personne morale et des droits réels de la personne physique ne font aucune difficulté pour le reconnaître. Le seul point controversé étant de savoir si les personnes morales étrangères ont besoin d'être reconnues, il paraît évident que l'État qui n'a personne au dessus de lui pour lui conférer la capacité juridique, qui la possède nécessairement chez lui sans reconnaissance aucune, n'en a pas besoin à l'étranger. On peut dire aussi, d'ailleurs, que la reconnaissance d'un État étranger dans le domaine du droit public, au point de vue politique, implique nécessairement sa reconnaissance comme personne morale de droit privé ; la personnalité politique de l'État entraîne fatalement sa personnalité juridique : elles sont intimement liées l'une à l'autre, ou, pour mieux dire, la deuxième n'est qu'une forme de la manifestation extérieure de la première (1).

(1) Cf. LAURENT, *Droit civil international*, t. IV, n° 126 : « L'État est « un et non pas double. Il ne faut pas séparer et distinguer en lui « deux qualités qui sont inséparables et que dans la réalité des choses « on ne sépare point : l'État comme corps politique et l'État comme

La reconnaissance politique d'une nation a nécessairement pour effet indirect l'admission de cet État au nombre des personnes civiles. Centralisant et résumant dans son unité les intérêts généraux du pays, il ne peut utilement remplir sa mission et assurer à tous ceux qui habitent son territoire les droits et les garanties que réclame le libre exercice de leurs facultés, s'il ne les possède pas lui-même ; on ne peut concevoir qu'un État existe sans impliquer par là même une organisation douée des mêmes droits privés dont jouissent les individus qui le composent. Or seule pour nous la personne a des droits et des devoirs : il faut donc que l'État soit une personne fictive.

Nous ne saurions mieux conclure qu'en citant ces paroles que prononçait sur cette question dans une affaire célèbre (1) M. Melcot, alors Procureur général près la Cour d'Amiens : « On comprend que la loi crée
« des personnes, à qui elle demande des garanties,
« impose des règles, à qui elle peut retirer l'existence.
« Mais en dehors d'une nation il y a des personnes

« personne civile. D'après le droit des gens un État reconnu a une
« personnalité complète politique et civile. »

DU CROCO, *Cours de droit administratif*, II, n° 905 : « L'État peut être envisagé dans le droit sous deux aspects, comme puissance publique, comme personne civile ou morale... Ces deux caractères sont tellement liés l'un à l'autre qu'ils se confondent dans l'individualité de l'État et qu'il serait dangereux d'établir entre eux une démarcation absolue » V. trib. Nancy, 14 décembre 1887, *Pandectes françaises*, per 1888, 2. 153 et la note de M. BEAUCHET.

(1) Affaire du testament de la marquise du Plessis-Bellièvre, Amiens, 21 février 1893, S. 1895, II, 57. On trouvera le rapport de M. le procureur général Melcot dans la *Gazette des Tribunaux* du 24 février 1893, et dans le *Journ. du Droit international privé*, 1893, p. 384.

« qu'elle rencontre, avec qui elle accorde ou discute ses
 « intérêts, qui existent indépendamment de sa volonté,
 « à qui elle ne peut la retirer, sur qui elle n'a pas le droit
 « de légiférer. Ce sont les nations étrangères. Ces
 « nations ont, elles aussi leur souveraineté ;..... l'exis-
 « tence de leur personnalité morale s'impose dès que la
 « reconnaissance de leur existence politique a été
 « opérée. A celles-là, on ne peut objecter l'absence
 « d'une loi leur donnant la capacité civile ; si on les
 « interrogeait sur la légitimité de leurs prétentions,
 « elles pourraient répondre par le mot de la fable :
 « « *Quia nominor Leo* » parce que je m'appelle Souve-
 « raineté ».

Une seule opinion divergente peut être relevée. Donnée à propos de la même affaire, elle a été émise par M. Moreau qui soutient que les domaines du droit public et du droit privé doivent rester entièrement distincts et qu'un corps politique peut parfaitement exister indépendamment de toute personnalité civile. On en trouve des exemples dans le droit interne en envisageant les grands corps constitués (Sénat, Chambre, Cours et tribunaux) (1) et on ne voit pas pourquoi, au contraire, l'existence selon le droit public impliquerait

(1) MOREAU, *op. et loc. cit.*

(2) Une exception d'ailleurs étrange paraît avoir été faite en droit pénal au profit de ceux-ci au cas de diffamation par l'article 30 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Nous disons étrange parce qu'on ne voit pas bien comment cette disposition pourrait être appliquée dans toutes ses conséquences. Supposons un tribunal agissant en diffamation et se portant partie civile ; qui touchera les dommages-intérêts. Seraient-ce les membres pris individuellement ? Alors la disposition de la loi est inutile. Mais comment un corps non revêtu de la personnalité civile pourrait-il acquérir en son nom col-

contraire l'existence selon le droit public impliquerait l'existence suivant le droit privé, par cela seul qu'on se trouve en droit international. Il n'y a nulle raison d'en décider ainsi. La reconnaissance diplomatique émane du gouvernement ; la création d'une personne morale est l'œuvre de la loi ; si la reconnaissance diplomatique conférait *ipso facto* la personnalité morale, le pouvoir exécutif empièterait sur le domaine du pouvoir législatif, ce qui est constitutionnellement interdit et impossible.

Mais on peut à cela répondre avec Laurent qu'un traité est un acte législatif, contenant une reconnaissance implicite de ses conséquences de droit privé. Mais il n'est même pas besoin de supposer une reconnaissance implicite, de recourir à l'équivalence des traités et des lois, de rechercher les limites du pouvoir du gouvernement : les deux qualités de personne politique et de personne civile de l'État, sont inséparables ; l'opposition établie dans le raisonnement ci-dessus serait difficile à maintenir dans la pratique. Un but politique exigera souvent pour être atteint l'emploi

lectif ? Peut-être est-il plus prudent de ne voir là qu'une disposition d'un caractère absolument exceptionnel dont l'application doit être strictement restreinte au droit pénal envisagé uniquement au point de vue de la poursuite et de la peine.

Tout récemment le tribunal correctionnel de Bar-le-Duc (jugement du 16 avril) et la Cour de Nancy (arrêt du 7 mai) ont reconnu la validité de l'action civile intentée par le colonel du 94^e régiment d'infanterie, au nom de son régiment, contre le boucher Lévy pour fourniture de viandes avariées. Mais la situation paraît ici assez spéciale. Peut-être un régiment a-t-il une personnalité civile implicitement reconnue. (Voir les motifs du jugement) ; en tous cas il possède un patrimoine collectif grevé d'une affectation déterminée.

de moyens de pur droit privé. Un État doit pouvoir posséder, contracter, ester en justice, ou bien la prétendue capacité qu'on lui reconnaît serait un mot vide de sens. Aussi la thèse soutenue par M. Moreau, a-t-elle été sur ce point victorieusement repoussée (1) et semble-t-elle destinée à rester isolée dans l'avenir comme elle se trouve aujourd'hui. Cette personnalité nécessaire de l'État ne communique-t-elle pas une valeur internationale absolue à tous les établissements auxquels il reconnaît un certain caractère public comme le secondant dans le rôle qu'il remplit? Nul ne fait de difficulté pour admettre une telle solution en faveur des établissements publics proprement dits (2) ; mais il faut aller plus loin et l'étendre aux établissements d'utilité publique : ils reçoivent en effet par délégation de l'État ou de la commune une mission qui, d'après les principes du droit public, appartiendraient en leur absence à l'un ou à l'autre d'entre eux (3).

C'est là la solution que semble adopter le projet de revision du titre I du livre I du code civil belge déposé

(1) LAINÉ, art. et loc. cit. ; DUCROCO, *De la personnalité civile en France du Saint-Siège et des autres puissances étrangères*, *Revue du droit public*, 1894, t. I, p. 49 ; MICHOD, art. et loc. cit. ; RENAULT, *Du droit pour une personne morale étrangère de recueillir par succession un immeuble situé en France*, *Journ. du Droit international privé*, 1893, p. 1118 et s. ; LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I^{er}, p. 369, 375 et s., 386 et s. 406 et s. ; *Droit civil international*, t. IV, p. 256 et s.

(2) WEISS, *Tr. th. et prat. de Dr. int. pr.*, p. 398 et s. ; LAURENT, *Princ. de Droit civ.*, t. I, n° 340 ; *Dr. civ. int.*, t. IV, n° 126 ; — DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Synthèse du Dr. int. pr.*, t. II, n° 735 et s. ; HUG, *Commentaire th. et prat. du C. civ.*, t. I, n° 245.

(3) Albéric ROLIN, *Principes de Dr. int. pr.*, t. I, n° 28 et s. ; t. II, n° 805. En sens contraire, WEISS, *Traité th. et prat. de Dr. int. pr.*, loc. cit.

comme projet de loi par le ministre de la justice à la chambre des représentants le 17 novembre 1887 (1). Ce projet cependant, contrairement à l'opinion que nous avons soutenu, n'admet l'existence légale pour les autres corps moraux constitués à l'étranger que si les institutions similaires établies dans le royaume y jouissent du privilège de la personnification civile.

C'est également en ce sens que s'est décidé l'institut de droit international en 1897 dans sa session de Copenhague (1) où il examinait la situation des établissements publics et d'utilité publique étrangers ; la question de la capacité des autres personnes morales n'y fut pas examinée.

N'était-ce pas là l'opinion exprimée dès 1847 devant la Cour de cassation de Belgique par M. le Procureur général Leclercq, qui concluant contre la validité des sociétés anonymes françaises, qui légalement existantes en France poursuivaient en Belgique devant les tribunaux, l'exécution des contrats qu'elles y avaient

(1) Article 13, al. 1. « Les États étrangers, les provinces et les communes étrangères, ainsi que les établissements qui leur sont subordonnés, exercent en Belgique les droits civils que la loi étrangère leur reconnaît. Ils ne peuvent toutefois, y recevoir des dons ou des legs qu'avec l'autorisation du gouvernement belge. »

Voir l'exposé des motifs par M. A. VAN BERCHEM, conseiller à la Cour de cassation de Belgique dans la *Revue de Droit int. et de V'g. comp.*, 1889, p. 5 et s.

(1) Art. 1. — « Les personnes morales publiques, reconnues dans l'État où elles ont pris naissance, sont reconnues de plein droit dans tous les autres États. »

Voir la discussion engagée sur le rapport de M. LYON-CAEN à la cinquième Commission chargée de l'étude de la capacité des personnes morales publiques étrangères. *Annuaire de l'institut de Droit international*, t. XVI, p. 279. — Texte des résolutions votées, p. 307.

passés sans avoir été légalement reconnues, proclamait cependant comme une vérité incontestable « que les
 « communes des États étrangers et les établissements
 « qui en dépendent, tels que les fabriques d'églises et
 « les bureaux de bienfaisance, les hospices, conservent
 « dans leurs rapports avec les habitants des pays voisins
 « leur qualité de personnes juridiques ; qu'ils sont reçus
 « en Belgique comme des personnes civiles capables d'y
 « posséder et d'y exercer des droits (1) ».

N'est-ce pas enfin le sens dans lequel paraît fixée la jurisprudence du Conseil d'État depuis l'avis du 12 janvier 1854 qui a décidé « que tout établissement d'utilité
 « publique étranger, constituant régulièrement une per-
 « sonne civile a qualité pour recevoir des dons et legs
 « de biens meubles ou immeubles situés en France (2) ».

En fait le prolongement au delà du territoire de la capacité des personnes morales de droit public est admise par un nombre d'autorités bien plus considérable encore que celle des personnes morales qui ne se rattache pas à l'administration d'un pays étranger.

§ 4. — Nationalité des fondations.

Mais pour pouvoir appliquer à un établissement son statut personnel encore faut-il qu'il en ait un, ce qui

(1) *Pasicrisie belge*, 1847, I, p. 405 et 1849, I, 240.

(2) D. P. 1856, III, 46. S. 1855, II, 800. Dans le même sens, Cass., Belgique, 8 février 1849 — *Contra* : LAURENT, *Dr. civ. int.*, t. IV, n° 108 et s. ; LENTZ, *Dons et legs en faveur des établissements d'utilité publique*, I, n° 38 à 40 ; WÆSTE, *Du Droit pour une personne morale étrangère de recueillir par succession un immeuble situé en Belgique*, *Journal du Dr. int. pr.*, 1893, p. 1125.

exige qu'on lui attribue une nationalité. Or la personne morale a-t-elle une nationalité ?.

On a vu certains auteurs soutenir que « la question n'a pas de sens, qu'on ne peut pas dire, quelqu'effort d'imagination que l'on fasse qu'un être fictif soit anglais, français, allemand ou belge (1) » qu' « attribuer la sujétion aux personnes juridiques est un non sens de nature à engendrer des confusions, qu'on ne peut leur reconnaître une nationalité au sens technique du mot, mais seulement un domicile (2) ».

Mais ce domicile même n'est pas admis par tous, « les prétendues personnes morales n'ont pas de domicile puisqu'elles ne vivent pas et que le domicile est avant tout le lieu d'habitation d'un être vivant (3) ».

Malgré ces divergences, la grande majorité des auteurs, partisans de la réalité comme partisans de la fiction, s'accordent à reconnaître à la personne morale une nationalité. Tout sujet de droit se rattache nécessairement à l'un des États qui se partagent la domination du monde civilisé : c'est de lui qu'il tiendra ses droits ; c'est par lui qu'il sera protégé. La nationalité n'est pas autre chose qu'un rapport entre une souveraineté indépen-

(1) LAURENT, *Principes du Dr. civ. français*, t. I, p. 404.

(2) DE BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, § 104, n° 1, p. 301. M. DE BAR indique les auteurs allemands qui ont soutenu cette opinion.

(3) PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, § 2017-2019.

Il est d'ailleurs difficile pour les partisans de la théorie la propriété collective d'admettre que la personnalité morale, simple représentation d'individus physiques puisse avoir une nationalité distincte de la leur : car que décider si ceux-ci sont de nationalité différente. Cf. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Synthèse du Dr. int. pr.*, p. 643, n° 1503.

dante et un sujet ou un objet de droit. Or toutes les personnes morales légalement reconnues relèvent forcément par cela même d'une souveraineté qui déterminera en principe à elle seule, les règles relatives à leur constitution, leur fonctionnement, leur mode de gestion et leur capacité, non seulement sur le territoire où elle s'exerce mais quel que soit le lieu où elles agissent, à l'exclusion de la législation locale. C'est la solution que la pratique admet sans difficulté et que le code allemand confirme expressément en employant l'expression : « L'association sujette d'un État étranger (1) ».

Mais la question n'est, à la rigueur, discutable que pour les personnes morales qui peuvent se constituer en dehors du contrôle de l'État : Pour la fondation personne morale publique ou du moins vis-à-vis de laquelle le droit public est toujours appelé à jouer un rôle important, il est bien évident qu'elle prendra la nationalité de l'État qui l'a autorisé, sans l'assentiment duquel elle ne pourrait exister, sous la surveillance duquel elle se trouve placée, à l'administration duquel elle prête son concours.

Cette même idée simplifiera de beaucoup la question si délicate pour les sociétés de savoir comment se détermine leur nationalité : la fondation se rattachera nécessairement à la loi suivant laquelle elle s'est constituée. Cette solution, proposée comme devant s'appliquer à toutes les personnes morales quelles qu'elles soient (2), ne fait tout au moins aucun doute pour les

(1) Loi d'introduction, § 40.

(2) WEISS, *Tr. th. et prat. de Dr. int. pr.* t. II, p. 450; FIORE, *Dr. inter. pr.* Traduction, PRADIER-FODÉRÉ, p. 638.

fondations qui n'acquièrent l'existence légale que par une concession de l'autorité suprême (1). Il n'y aura qu'à rechercher celle-ci pour savoir si la fondation est nationale ou étrangère. La situation est la même que s'il s'agissait d'un établissement public.

La difficulté est ici bien moins grande qu'en matière de société, où l'hésitation est possible entre une grande variété de solutions (2). Il n'y aura pas tout d'abord à examiner si la nationalité de l'œuvre doit résulter de celle de ceux qui sont appelés à en profiter. Car, au moins suivant la doctrine que nous avons suivie, il n'y a pas à en tenir compte, la fondation n'étant pas autre chose qu'un patrimoine affecté. Il ne pourra non plus être question de se guider sur l'intention présumée des parties : l'autonomie de la volonté est sans force en face de l'ordre public. On peut au surplus observer qu'il y a de la part du fondateur une présomption de sujétion volontaire à la législation sous l'empire de laquelle il a créé son œuvre. La fondation peut dans une certaine mesure être considérée comme un contrat passé soit entre le fondateur et l'État, soit entre le fondateur et les bénéficiaires. Or tout contractant sait, ou doit savoir, puisque nul n'est censé ignorer la loi, que tout ce qui concerne les conditions de forme des actes volontaires est déterminé par la législation du lieu de passation de la convention et de rédaction de l'acte en vertu de la règle « *locus regit actum* ». Ce sera elle aussi qui règlera les

(1) WEISS, *Tr. th. et prat. de Dr. int. pr.*, t. II, chap. IV, p. 638 ; Cf. Loi mexicaine du 28 mai 1886, art. 5.

(2) V. ARMINJON, *Nationalité des personnes morales. Rev. de Dr. internat. et de législat comp.*, 1902, p. 381 et s.

conditions de fond et les effets proprement dits de l'acte en cas de silence ou d'insuffisance de ses dispositions, car c'est à cette législation que le fondateur a vraisemblablement voulu se référer. C'est ainsi qu'il pourra être présumé avoir donné d'avance son assentiment à l'application à son œuvre des principes administratifs de spécialité et de neutralité, ainsi qu'aux modifications ou aux mesures de transformation que l'autorité de surveillance jugerait le plus à propos de prendre vis-à-vis d'elle.

La nationalité de la fondation déterminée par la loi suivant laquelle elle a été créée par l'État qui l'a reconnue, autorisée, incorporée, coïncidera presque toujours du reste par la force des choses avec la nationalité du pays sur le territoire duquel elle se constitue, établit son domicile et fixe le siège de son organe d'administration (1).

C'est la réunion naturelle de toutes ces circonstances qui déterminera le statut personnel et la capacité de l'œuvre. Telle est la conclusion nécessaire à laquelle mènent à la fois les exigences du droit public et notre théorie générale de la fondation (2).

(1) Voir plus bas au texte, chap. III, § 2, p. 308 et s.

(2) Pour les fondations indirectes, la question de nationalité se trouve remplacée par celle de la détermination de la législation régissant le transfert de propriété. Ce point, qui peut offrir de très grandes difficultés présente notamment un intérêt particulier pour ce qui est des droits de mutation à percevoir. L'affaire de Hirsch (*Attorney-general v. jewish colonization association*) en fournit à la fin du siècle dernier un exemple tout spécialement remarquable, car l'importance considérable de l'intérêt du procès provoqua les consultations et les plaidoiries d'éminents jurisconsultes anglais, français,

La reconnaissance en France, sans qu'aucune autorisation préalable ne soit exigée, pour les fondations et personnes morales étrangères de leur capacité juridique telle qu'elle résulte de leur droit national doit être ad-

et même allemands, (notamment des consultations de M. Narcisse LEVEN, Albert WAHL, et André WEISS.)

Le baron de Hirsch, naturalisé autrichien avait constitué à Londres la *jewish colonization association* destinée à assister les juifs persécutés en Russie à cause de leur religion et à favoriser leur exode dans l'Amérique du Sud. La forme adoptée était celle d'une Société anonyme (*limited*) dont le capital fixé à 2.000.000 livres sterling était divisée en 20.000 actions de 100 livres. Le baron de Hirsch en prit 19.992, plaçant les huit autres aux mains de 8 personnes, la loi anglaise requérant un minimum de 9 actionnaires. Le vote ayant lieu dans les assemblées générales par nombre de parts le baron de Hirsch à lui seul représentait l'Association dont le fonctionnement se déplaçait avec lui. Il vint s'établir à Paris.

Là, quelques années plus tard, il résolut de faire don à son œuvre de la totalité de son immense fortune et envoya l'ordre à tous ses banquiers de transférer au nom de l'Association toutes les valeurs qui étaient déposées au sien, ne se réservant que l'usufruit. Ainsi fut fait.

Le baron de Hirsch mourut en 1896. Le fisc anglais réclama sur le montant de la donation l'*estate duty* et le *succession duty* prétendant qu'il s'agissait d'un *trust* anglais réalisé par une personne domiciliée en Angleterre, par l'intermédiaire du Conseil d'administration dont les membres devaient être considérés comme *trustees* chargés en qualité de propriétaires légaux de la gestion du patrimoine au profit de bénéficiaires indéterminés.

Malgré tout ce qu'avait de critiquable une telle prétention, malgré tous les arguments qu'on ne manqua pas de diriger contre elle, et que nous ne pouvons exposer ici, car l'étude de cette affaire purement financière nous entraînerait très loin de notre sujet, le fisc anglais l'emporta en première instance et en appel et une transaction survint avant que la question ne fut portée devant la Chambre des Lords (Voyez à propos de cette affaire dans le *Jour. du Dr. int. pr.*, 1900, p. 65, l'article de M. A. WAHL: De l'application de la règle : « *mobilia personam sequuntur* » aux droits de mutation par décès en Angleterre.)

mise de plein droit sous la seule condition d'une constitution régulière ; et cette régularité de leur constitution sera appréciée par référence aux dispositions de ce même droit national (1). C'est là, la seule solution en rapport avec les idées qui sont le fondement du droit international privé moderne. Son but est aujourd'hui de s'affranchir de plus en plus du vieux principe de la territorialité des lois ; son progrès consiste à dégager l'idée que tout rapport juridique qui prend nécessairement naissance sous une loi déterminée doit dans ses conséquences être régi par celle-ci en quelque lieu qu'elles se produisent. La loi compétente peut varier suivant les systèmes actuellement soutenus qu'on emploie pour la déterminer ; mais c'est toujours la même idée générale qui les dirige dans cette recherche.

On ne devrait pas voir de difficulté à reconnaître à l'étranger la validité de la personne morale, et en particulier de la personne morale publique. La *Stiftung*, la *Charity*, l'établissement d'utilité publique étranger, devraient au même titre que les établissements publics (2) être admis à exercer librement en France tous les droits privés reconnus aux étrangers personnes physiques ou tout au moins ceux d'entre eux qui sont compatibles avec leur nature d'entités irréelles.

On admet sans difficulté que la personne morale

(1) Cf. WEISS, *Traité th. et prat. de Dr. int. pr.*, t. IV, p. 662.

(2) On voit qu'il serait faux de conclure de ce que nous admettons, par cela seul qu'elle existe comme personne morale régulièrement constituée, la validité internationale de l'œuvre étrangère, que nous abandonnions le caractère éminemment de droit public reconnu par nous aux fondations. Nous ne faisons en effet que leur appliquer une théorie commune avec les établissements publics eux-mêmes.

étrangère peut être actionnée devant nos tribunaux : l'utilité évidente de cette solution pour les créanciers français lui rallie même les adversaires de notre système. Mais il faut aller plus loin et lui reconnaître sans hésitation le droit d'ester en justice comme demanderesse, de contracter (1), d'acquérir (2), en un mot de jouir de leur pleine capacité, telle que la fixe leur statut personnel sous la seule réserve du respect dû à l'ordre public international.

(1) Solution adoptée par les résolutions de l'Institut de Droit international. *Annuaire, loc. cit.* Art. 2. — « En conséquence dans tous les cas, les personnes morales publiques étrangères ont le droit d'ester en justice, comme demanderesses ou comme défenderesses, devant les tribunaux de tous les États, par l'entremise de leurs représentants ordinaires. Elles sont représentées dans les actes de la vie civile, conformément à leur loi nationale. »

(2) Id. Art. 3 : « Elles sont capables d'acquérir soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, des meubles ou des immeubles situés hors de leur pays d'origine, sauf les restrictions suivantes. » C'est à ces restrictions que nous arrivons maintenant.

CHAPITRE II

LIMITATION DU STATUT PERSONNEL PAR LA LOI D'ORDRE PUBLIC

Les personnes morales étrangères et en tous cas celles d'entre elles qui, comme les fondations, contribuent à exercer une fonction d'intérêt public, sont donc, suivant nous, régies à l'étranger par leur loi nationale qui règle leur état et leur capacité sans qu'il soit besoin pour elle de requérir l'autorisation du pays où elles entendent exercer les droits qui en dérivent.

Mais faut-il voir là un principe absolu s'appliquant à tous les actes que la personne morale étrangère pourrait accomplir sur le territoire d'un État voisin, ou ne convient-il pas au contraire, d'y apporter des dérogations dans les cas où l'établissement étranger risquerait de porter directement atteinte à l'ordre public du pays où il exercerait ainsi son activité ou se prévaudrait de ses droits ?

Telle est la question qui se pose maintenant.

Elle doit être étudiée successivement sous deux aspects :

1° Au point de vue de l'étendue et de la liberté du droit d'acquérir et spécialement du droit d'acquérir à titre gratuit qui doit être reconnu aux personnes morales étrangères (fondation indirecte).

2° Au point de vue de la poursuite même de la mission d'intérêt public pour laquelle la fondation a été créée.

Il est bien évident en effet que notre droit n'a pas pris tant de précautions contre les inconvénients économiques et politiques que peut amener la mainmorte nationale pour laisser pleine liberté à la mainmorte étrangère. Si le droit de fonder et le fonctionnement de la fondation ne peuvent s'exercer que sous le contrôle de l'État quand ils sont régis par une seule législation, il n'y a aucune raison pour qu'ils échappent à toute surveillance et jouissent d'une impunité complète si un autre pays s'y trouve intéressé. Aussi sur ces deux points des restrictions importantes devront être faites au principe général de la validité internationale de la personnalité morale ; mais les solutions à admettre ne sont pas les mêmes dans les deux cas.

Dans le premier le droit subsiste ; il y a seulement lieu de le conditionner : c'est ce que nous allons voir immédiatement.

Dans le second au contraire une réponse négative absolue nous paraît s'imposer ; l'examen de cette question fera l'objet de notre dernier chapitre.

§ 1. — **Autorisation des dons et legs adressés aux établissements étrangers.**

Si la solution négative est évidente quand il s'agit de savoir si une fondation créée suivant la loi étrangère peut poursuivre en France le but qui lui a été assigné c'est qu'on se trouve alors en droit public pur et qu'un principe absolu du droit international est qu'un État ne

peut admettre chez lui l'exercice d'une souveraineté étrangère. Ici au contraire on se trouve en droit privé et il n'est question que de savoir dans quelles limites l'ordre public peut faire obstacle à son application.

Là où les droits publics de deux États se rencontrent il ne peut y avoir conflit pacifique de législation ; ou bien, et c'est ce qui se passe en règle générale, l'un s'efface volontairement et spontanément devant l'autre ; ou bien, exceptionnellement, les deux pays croient pouvoir maintenir leurs prétentions : ce sera alors un *casus belli*, ou du moins, si le conflit n'intéresse ni l'existence, ni l'indépendance, ni l'intégrité d'une des deux nations, ni même un de ces droits absolus et fondamentaux « que la nature reconnaît à tous les peuples et qu'on ne peut détacher par la pensée de leur essence constitutive (1) » il sera nécessaire de recourir à l'arbitrage.

Mais si le conflit s'élève entre le droit privé de l'État dont la personne morale tient la vie et la capacité juridique, et le droit public du pays d'exercice, il appartiendra au droit international privé de donner la solution à appliquer, et à la doctrine de la rechercher lorsque la loi ne l'a pas expressément prévue.

L'hypothèse principale dans laquelle il y aura à envisager la possibilité de soumettre aux restrictions exigées par la loi territoriale, le droit d'acquérir et de recevoir des personnes morales étrangères est celle de la fondation indirecte réalisée par don ou par legs au profit de l'une d'elles, et peut, si l'on se place au point de vue

(1) Ce sont là d'après MANCINI les cas dans lesquels la clause compromissoire cesserait d'être applicable (V. *Journ. du Dr. int. pr.*, 1874, p. 271 et 275.)

français se formuler ainsi : L'article 910 du code civil qui soumet à l'autorisation administrative l'acceptation des dons et legs faits au profit des établissements publics français doit-il être considéré comme d'ordre public et, en cette qualité, ne souffrir aucune exception dans son application sur le territoire ? Faudra-t-il nécessairement que la personne morale étrangère gratifiée, pour pouvoir recueillir des biens en France obtienne préalablement l'assentiment du gouvernement français ? (1)

Si on laisse pour l'instant de côté l'hypothèse particulièrement délicate où il y a lieu d'examiner si un État étranger peut acquérir en France et, dans le cas où ce droit lui serait reconnu s'il est soumis à des formalités restrictives de sa pleine souveraineté, il n'est guère discuté que les personnes morales étrangères ne peuvent recevoir que sous les conditions auxquelles sont soumises les personnes morales indigènes, et notamment qu'avec l'autorisation de l'administration.

Il va sans dire que si la loi d'un pays refuse certains droits aux étrangers en général, ces droits seront déniés aux personnes morales étrangères aussi bien qu'aux personnes physiques. C'est ainsi qu'en France avant la loi du 14 juillet 1819 les personnes morales étrangères auraient été soumises aux dispositions des articles 726 et

(1) Pour l'acquisition à titre onéreux peu intéressante en matière de fondations, voir SERRIGNY, *Revue critique*, 1854, t. IV, p. 356, et l'article 5 des résolutions votées par l'Institut de Droit international (*Annuaire*, t. XVI, p. 307) : « Les acquisitions à titre onéreux faites dans un pays par une personne morale publique étrangère peuvent être soumises à l'autorisation exigée par la loi du pays dont elles relèvent, et, s'il s'agit d'immeubles, aux mêmes conditions et autorisations que les acquisitions à titre onéreux faites par les personnes morales similaires dans le pays où sont situés les biens acquis. »

912 du code civil qui déclaraient les étrangers incapables de recevoir en France par donation ou par testament à moins que l'État dont ils étaient nationaux n'eût admis la réciprocité à l'égard des Français. Maintenant que les dernières traces du droit d'aubaine sont supprimées dans notre droit on n'y trouve plus de dispositions exceptionnelles applicables au droit d'acquérir des étrangers. Mais il n'en est pas ainsi partout et l'on voit aujourd'hui encore des pays qui excluent les étrangers de la propriété des immeubles (1) : les personnes morales seront soumises à ces dispositions.

Mais pour ne parler que des restrictions spécialement apportées à l'exercice des droits des personnes morales, on peut tenir pour certain que, si on doit leur reconnaître dans le silence de la loi les droits et la capacité que leur accorde leur loi nationale, ils sont soumis dans la même mesure que les établissements français similaires aux lois d'ordre public. Il serait contradictoire d'admettre

(1) Notamment la Russie et la Roumanie et dans certains cas la législation américaine. Le droit anglais renferma jusqu'en 1870 une disposition analogue. Voyez sur ce point l'article de M. FLAISCHLEN dans la *Revue de Dr. int. et de lég. comp.*, 1893, p. 161 et la mémoire de M. F. de MARTENS sur le conflit entre la Grèce et la Roumanie concernant l'affaire Zappa, 1893, p. 44.

La législation française ne connaît pas de semblables rigueurs. Signalons cependant que la Chambre des députés a dans sa séance du 15 février 1894 déclaré l'urgence de deux propositions de lois qui touchent à la propriété des étrangers; la première déposée par M. de Mahy tendait à faire déclarer l'interdiction de la vente aux étrangers de tous les terrains situés dans le rayon de défense des places de guerre et postes militaires; la seconde émanant de M. Abel proposait de donner au Gouvernement la faculté de poursuivre l'expropriation pour cause d'utilité publique de ces mêmes immeubles possédés par des étrangers.

au profit des exceptions aux règles restrictives imposées aux seconds. La loi d'ordre public doit être appliquée uniformément sur tout le territoire et l'intervention de l'État dans la forme de l'autorisation requise par l'article 910 du code civil est plus importante encore vis-à-vis de bénéficiaires étrangers, sans qu'il y ait à distinguer si la libéralité porte sur des meubles ou des immeubles. C'est l'opinion universellement admise.

(1) Voyez entre autres : WEISS, *Traité théorique et pratique de Droit international privé*, t. II, p. 403 et t. IV, p. 614 et 670; LAINÉ, *Journ. du Droit international privé*, 1893, p. 302; WAHL, note citée, S. 1900, IV, 25; LYON-CAEN, *Revue critique*, 1894, p. 491; DESPAGNET, *op. cit.*, n° 48 et 391; SURVILLE et ARTHUYS, n° 138; DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, t. II, n° 730; LAURENT, *Dr. civ. int.*, t. IV, n° 138; t. VI, n° 207; *Princ. de D. civ. fr.*, t. I, n° 196; RENAULT, *Journ. du Dr. international privé*, 1893, p. 1121; WOESTE, *id.*, p. 1125; LEJEUNE, *id.*, p. 1127; ALBÉRIC ROLIN, *op. cit.*, I, p. 164, note 4; II, p. 374; DUCROcq, *Cours de Droit administratif*, n° 1409, p. 60. Consultation de la faculté de droit de Berlin dans l'affaire Zappa, *Journ. du Dr. int. pr.*, 1893, p. 737; *Journal du Droit international privé. Questions et solutions pratiques*, 1895, p. 788.

Parmi les éléments de l'enquête qu'aura à faire le Conseil d'État le premier sera de savoir si l'œuvre gratifiée est douée d'une personnalité morale régulière suivant sa loi nationale.

On signale comme une exception un jugement du Tribunal consulaire de France à Smyrne en date du 3 juin 1890 qui a reconnu à un couvent de capucins français, dépendant d'une congrégation non autorisée en France, l'aptitude à recevoir le bénéfice d'un legs dans les échelles du Levant. Voir critique du jugement par M. Pallamary dans le *Journ. du Dr. int. pr.*, 1891, p. 281 et s.

Lorsque la libéralité, quoiqu'adressée à un établissement qui ne possède la personnalité civile ni d'après la loi française ni d'après la loi étrangère, présente cependant un très grand intérêt pour la France il peut y avoir lieu de recourir à un détour. C'est ainsi que dans le cas d'un legs fait par un français au profit d'un hôpital destiné à l'assistance de nos nationaux dans une ville étrangère, le Ministre des affaires étrangères peut être autorisé à accepter le legs en qualité de représentant légal des pauvres français à l'étranger.

Les articles 910 et 937 du code civil ainsi que les dispositions analogues qui, dans la plupart des législations subordonnent à l'autorisation de l'État la validité des libéralités faites à une personne morale ont pour but « non seulement l'exercice du droit de tutelle qui appartient à l'autorité supérieure à l'égard des établissements charitables et des autres établissements d'utilité publique qui existent en France, mais aussi la consécration d'un droit de souveraineté, en vertu duquel il appartient au chef de l'État, d'annuler ou de modérer toute libéralité faite au profit d'un établissement public quelconque s'il la juge susceptible de porter atteinte, soit à l'intérêt des familles, soit à l'intérêt de l'État (1). ».

Ces dispositions légales sont en effet dictées, tout d'abord, par l'intérêt même des établissements gratifiés qui doivent être protégés contre l'acceptation inconsidérée de libéralités onéreuses. Il ne faut pas, ensuite, qu'un testateur puisse ainsi dépouiller, au mépris de tous les sentiments de la nature, de la totalité d'une fortune patrimoniale, des parents qui n'ont rien fait pour mériter d'en être privés, la famille du disposant a besoin d'être défendue contre des libéralités qui souvent auront été faites dans un pur sentiment de vanité ou sans la présence d'esprit et la réflexion nécessaire. Il est enfin de l'intérêt même de l'État d'empêcher le développement excessif des biens de mainmorte, soit à raison des inconvénients économiques qui peuvent en résulter, soit à cause du danger que pourraient lui faire courir des établissements trop puissants et trop riches.

Si l'on examine le triple point de vue poursuivi par les

(1) Avis du Conseil d'État du 12 janvier 1854 déjà cité.

restrictions à la liberté d'acquérir, on peut observer que les deux dernières n'acquièrent que plus de force si on suppose que le bénéficiaire de la libéralité est une personne morale étrangère. L'intérêt national ne commande-t-il pas plus rigoureusement encore de protéger les droits d'une famille française contre l'accaparement des biens qui devaient lui revenir, lorsque la libéralité ne doit pas profiter à la France.

N'est-il pas plus important encore dans ce cas, surtout s'il s'agit d'immeubles, de veiller à ce que cette acquisition d'une partie du territoire par un établissement étranger ne mette pas en péril la sécurité de l'État ? Dans la situation inverse où un établissement français serait appelé à recueillir à l'étranger, l'autorisation administrative ne se justifiera-t-elle pas encore tant par son rôle tutélaire que par des considérations politiques ? Seules les considérations économiques ne la toucheront plus (1).

(1) Si bien que si l'on se demande quel est le moyen de permettre aux dispositions restrictives de la capacité d'acquérir des personnes morales de produire l'effet utile qu'elles ont pour but de réaliser, on est amené à cette conclusion, qu'en raison du rôle multiple qu'elles ont pour destination de remplir, il faut à la fois leur donner un effet territorial et extraterritorial, ce qui en la circonstance n'offre pas d'inconvénients graves, car il ne peut en naître de conflits irréductibles. Il y aura lieu d'appliquer à la fois les mesures qu'ont jugé utile de prendre toutes les législations intéressées. Il est facile de concevoir qu'elles pourront être au nombre de trois, dans le cas, par exemple, où un anglais lèguerait à un établissement français sous une condition d'emploi charitable, un immeuble situé en Italie. La validité de la libéralité sera en ce cas soumise à un triple maximum déterminé par la loi anglaise comme loi du testateur, la loi française comme loi du pays dont relève la personne morale et la loi italienne comme loi de situation des biens. C'est la

La jurisprudence du Conseil d'État consacre d'ailleurs ces diverses solutions et décide que si les établissements publics étrangers qui jouissent régulièrement de la personnalité civile peuvent bien être légataires ou donataires de biens meubles ou immeubles situés en France ils sont soumis à la règle de l'article 910 et qu'en conséquence les dons et legs qui leur sont faits ne peuvent avoir d'effet qu'autant qu'ils ont été autorisés par le gouvernement français.

Le principe a été posé dans un avis célèbre du 12 janvier 1854 connu sous le nom d'avis de Brussière (1) et a reçu depuis maintes applications (2).

Souvent il sera nécessaire avant d'accorder l'autorisation de recourir à une enquête préalable pour rechercher si l'établissement gratifié a la personnalité civile et possède une capacité juridique suffisante ; il est alors déclaré qu'il sera statué ultérieurement sur l'autorisation d'exécuter la libéralité.

L'intervention administrative du Conseil d'État dans les fondations au profit d'établissements publics étran-

solution à laquelle s'est rangé l'Institut de droit international dans l'article 4 des résolutions votées à la session de Copenhague.

Voyez *op. et loc. cit.*, art. IV : « Pour les acquisitions à titre gratuit, peuvent être exigées tout à la fois les autorisations et les conditions prescrites par les lois du pays du donateur ou du testateur, du pays dont relève cette personne morale et, s'il s'agit d'immeubles, l'autorisation du pays de la situation de ces immeubles ».

(1) SIREY, 1855, II, 800. DALLOZ, *périodique*, 1856, III, 16.

(2) Voir sur la Jurisprudence du Conseil d'État les notes de jurisprudence de la section de l'Intérieur (1879-1897) de M. Joseph REYNAUD, Melun, 1899, p. 305. Ces notes avaient déjà été publiées presque dans l'intégralité de leur texte définitif dans la *Revue générale d'administration*, 1894, I, p. 142.

gers se justifie nous l'avons dit par la protection des héritiers et la nécessité de veiller à ce qu'il ne se développe pas en France une mainmorte étrangère (1).

Aussi lorsqu'il s'agit d'immeubles, le conseil d'État a l'habitude de requérir de l'établissement gratifié avant d'autoriser l'exécution du legs, l'engagement de procéder à l'aliénation dans un délai assez rapproché. Toutefois si l'immeuble était destiné par le testateur, non à alimenter par les revenus qu'on en pourrait tirer, l'œuvre qu'il désire voir fonctionner, mais à servir à installer la fondation elle-même, un hôpital par exemple, cette condition ne sera pas insérée dans l'autorisation, mais l'établissement bénéficiaire devra, une fois l'œuvre organisée, requérir pour elle la reconnaissance d'utilité publique comme nous le verrons tout à l'heure.

Mais il ne faut ici, au contraire, voir en aucune façon, dans l'autorisation administrative, l'exercice d'un droit de tutelle qui n'a lieu d'être appliqué qu'aux établissements français ; ce contrôle doit être restreint à l'application des articles 910 et 937 pour les motifs indiqués. Ce serait une erreur de croire que l'État doive appliquer aux personnes morales étrangères appelées à recueillir chez lui, le principe de spécialité par lequel le droit administratif restreint la capacité d'acquérir des établissements publics et d'utilité publique français (2). Il semble que

(1) C'est cette crainte de la mainmorte qui permet d'expliquer le refus d'autorisation opposé dans un projet du décret du 4 décembre 1884 au legs fait par un sieur Gros au collège d'Oulx (Italie) de tous ses immeubles situés en France.

(2) Voyez cependant Ducrocq, *De la personnalité civile en France du Saint-Siège et des autres puissances étrangères*. *Rev. du droit public*, 1894, t. I, p. 71 et s., et *Cours de droit administratif*, t. IV, n° 1409 et

ce soit là un point qui doit uniquement être régi par la loi de situation des biens. On a dit (1) avec raison qu'une telle règle ne se concevrait pas et ne peut nullement être regardée comme une conséquence directe de ce qu'en principe les personnes morales étrangères subissent quant à leur capacité les mêmes restrictions que les personnes morales indigènes (2). Si on suppose en effet un legs à un établissement étranger à fonction restreinte suivant la loi française, à une fabrique par exemple, pour que les revenus en soient consacrés à un but autre que l'exercice du culte, comme par exemple à l'éducation, ou à l'assistance des pauvres, il paraît évident que la validité de l'acquisition par rapport à la fonction poursuivie par l'établissement gratifié devra être appréciée uniquement d'après les dispositions de sa loi nationale. L'ordre public français n'est nullement menacé et il n'y aurait aucune bonne raison de faire obstacle à la validité du don ou du legs pour un motif auquel la loi étrangère seule intéressée n'attache peut-être aucune importance (3).

1421. — WAHL, note citée sous Cass. S. 93, IV, 25. WEISS, *Tr. th. et prat. de Dr. int. pr.*, t. IV, p. 670 en note.

(1) LAINÉ, art. cit., *Journal du Dr. int. pr.*, 1893, p. 292.

(2) Cf. MICHOD, *De la capacité en France des personnes morales et en particulier du Saint-Siège. Rev. gén. de Dr. int. public*, 1894, p. 201 et s. — PILLET, note sous Amiens, 21 février 1893. S. 1895, II, 57.

(3) Cette question est d'ailleurs intimement liée à celle de la nature de la personnalité morale. La solution que nous donnons ne nous paraît pas douteuse dans le système de la fiction; le principe de spécialité n'est alors en effet qu'une restriction à la capacité régie exclusivement par la loi nationale et découlant directement de la conception de la personnalité morale. Mais si, au contraire, on admet la réalité, la spécialité devient une règle d'ordre public dont les tribu-

Il faut appliquer ici une solution analogue à celle qui est donnée à propos des autorisations requises pour ester en justice des établissements publics. Ces autorisations s'expliquant par une pure raison de tutelle administrative ne peuvent leur être accordées ou refusées que par l'État dont ils sont sujets (1).

Il est d'ailleurs facile de remarquer que le Conseil d'État ne se considère pas à proprement parler comme autorisant l'établissement étranger. Celui-ci, en effet, échappe à sa surveillance ; aussi se contente-t-il d'autoriser l'exécution du testament par l'emploi de cette formule qui est devenue presque de style « est autorisée l'exécution en France de la disposition testamentaire en date du..... » (2).

naux judiciaires ne doivent plus se préoccuper, mais que le Conseil d'État doit faire respecter sur tout le territoire (voir cette théorie dans RIGERT, *Le principe de la spécialité chez les personnes morales de droit administratif*, Thèse, Paris, 1906). On peut alors hésiter sur le point de savoir si elle doit être appliquée aux personnes morales étrangères. Mais même en supposant vraie une conception que nous croyons fautive une réponse négative devrait, semble-t-il, être encore donnée dans notre hypothèse pour peu qu'on veuille bien considérer le but social poursuivi par le principe de spécialité.

(1) V. lettre du ministre des affaires étrangères du 9 juillet 1892. Rapportée au *Journal du droit international privé*, 1895, p. 794.

(2) Lorsque l'établissement gratifié est une commune étrangère, il n'y a pas lieu de tenir compte de l'article 3 de la loi municipale de 1884 qui, lorsqu'il s'agit d'une commune française est venu remplacer, dans un but de simplification, le décret rendu en Conseil d'État, d'abord par un arrêté du Préfet pris en conseil de préfecture, puis depuis la loi du 4 février 1901, par une simple délibération du conseil municipal, dans les cas où il n'y a pas contestation de la part des héritiers. L'exécution des dons ou legs faits au profit des communes étrangères continue à ne pouvoir être autorisée en France que par un décret du Président de la République rendu sur

Tant que l'ordre public français n'est pas intéressé, il n'y a pas lieu de restreindre la capacité de la personne morale étrangère telle qu'elle est fixée par sa loi nationale. Elle pourra acquérir pour n'importe quel but à poursuivre dans le pays où elle est née (1).

Si le don ou le legs porte sur un immeuble destiné à abriter une fondation devant jouer un rôle de droit public en France il n'y aura même pas alors à exiger la spécialité du but conformément à la loi française : il y aura plus ; l'œuvre devra obtenir la reconnaissance

avis du Conseil d'État conformément à l'article 910 du G. civ. qui reste dans cette hypothèse intégralement en vigueur. V. trib. civ. Seine, 28 juillet 1892 (*Journal du droit international privé*, 1898, p. 719); lettre du ministre de l'Intérieur du 14 janvier et le décret du 21 février 1893. (*Journal du droit international privé*, 1895, p. 790.

(1) Mais le principe de la spécialité pourra exister dans la législation nationale de la personne morale. Il aura alors pour effet de restreindre sa capacité. Le Conseil d'État français devra-t-il en tenir compte sous le prétexte d'application du statut personnel qui déterminerait aussi bien les restrictions à la capacité que la capacité elle-même. M. Wahl (note citée) le croit; à tort selon nous. La règle de la spécialité établie chez lui par un État étranger est une mesure d'ordre public interne ne regardant pas l'administration française qui serait souvent incompétente pour trancher ces questions. Le Conseil d'État a bien à rechercher la capacité de l'établissement étranger gratifié, mais uniquement au point de vue du droit privé; le droit public doit être laissé à l'appréciation de l'autorité administrative tutélaire.

Il semble donc que dans les cas où l'établissement étranger donataire ou légataire doit suivant sa loi nationale obtenir une autorisation émanant du pouvoir dont il ressortit et s'expliquant par une simple idée de tutelle administrative il ne sera pas tenu d'en justifier en France. Le Conseil d'État français doit se désintéresser du droit public et de la loi politique étrangère. Voyez cependant, *Journal du Dr. int. pr.*, questions et solutions pratiques, 1892, p. 153, 1895, p. 788.

d'utilité publique qui lui donnera dans nos frontières une existence légale indépendante en la transformant, en réalité, en personne morale française.

En résumé, on peut considérer comme certaine l'application du contrôle du gouvernement aux dons et legs dans la mesure nécessaire pour la pleine et entière protection de l'ordre public français, que la personne morale étrangère soit un établissement public, un établissement d'utilité publique, ou même une simple personne morale privée. Dans les trois cas, le Conseil d'État n'aura qu'à tenir compte de la personnalité purement civile des établissements gratifiés, personnalité civile qu'il est facile de détacher du caractère public d'une commune ou d'une œuvre de bienfaisance préexistante envisagées comme organes de l'administration.

§ 2. — Libéralité adressée à un État étranger.

La question se pose en des termes fort différents lorsque la libéralité est adressée directement à l'État souverain. Elle demande à cause des difficultés de résolution fort délicate qu'elle soulève à être examinée à part.

Malgré les travaux auxquels elle a donné lieu, on est encore bien loin d'arriver à des solutions sûres. Tout n'est guère qu'appréciation personnelle dans une matière que les textes n'ont pas prévus et où les idées fondamentales dont on doit se servir pour point de départ du raisonnement sont impossibles à dégager d'une façon précise. En est-il une meilleure preuve que les opinions contradictoires émises à ce sujet par les autorités les plus incontestées du droit international privé et du droit

public. Peu de points paraissent définitivement fixés, la plupart sont encore indécis, quelques-uns semblent devoir rester insolubles. Tel est l'état de la question que nous avons à exposer.

Elle s'est présentée en pratique dans deux procès qui resteront parmi les plus célèbres dont le droit international privé gardera le souvenir.

Le premier, connu sous le nom d'affaire Zappa provoqua un conflit, non seulement entre les législations, mais aussi entre les gouvernements grec et roumain conflit suffisamment grave pour que la première de ces puissances crut devoir rappeler son envoyé à Bucharest (octobre 1892). Un grec du nom d'Évanghéli Zappa était mort en Roumanie laissant la nue-propriété des grandes propriétés immobilières qu'il possédait en ce pays à l'Etat grec et l'usufruit à un de ses cousins Constantin Zappa. Celui-ci mourut lui-même avant que la première affaire fut terminée, déclarant qu'à défaut d'héritier il instituait l'Etat grec son légataire universel (1).

(1) Voyez sur l'affaire Zappa : Mémoire du cabinet d'Athènes du 28 février 1892, *messager d'Athènes*, 14-26 août 1892 ; Circulaire du 4 octobre 1892 du ministre des affaires étrangères de Grèce aux chargés d'affaires helléniques accrédités auprès des grandes puissances. *Archives diplomatiques*, 2^e série, t. 46, p. 130 ; Circulaire du 24 novembre, 6 décembre 1892 du ministre des affaires étrangères de Roumanie aux légations et à l'agence diplomatique de Roumanie à Sophia. *Archives diplomatiques*, 2^e série, t. 46, p. 133 ; WEISS et LAINÉ, *Consultations pour le gouvernement royal hellénique*, *Archives diplomatiques*, t. 48, p. 125, 135 ; DJUVARA, *De la condition légale des étrangers en Roumanie*, *Journ. du Dr. int. pr.*, 1892, p. 1121 ; F. DE MARTENS, *Mémoire sur le conflit entre la Grèce et la Roumanie, concernant l'affaire Zappa*. *Messager d'Athènes*, 29 avril, 20 mai 1893 ; FLAISCHLEN, *Du statut national et du droit d'acquérir des immeubles en pays étranger*. *Rev. de Dr. int. et leg. comp.*, 1893, p. 161 ; *Réflexions sur*

La Grèce réclama la succession en vertu des deux testaments. La Roumanie au contraire prétendant qu'un Etat étranger ne pouvait acquérir d'immeubles sur son territoire entendait s'attribuer les biens comme étant tombés en déshérence faute d'héritiers ou de légataires capables. La question de dévolution se compliquait ici d'une question de compétence. Les deux pays intéressés sentaient que dans une espèce aussi difficile et de solution aussi controversée qui mettait aux prises, non des intérêts particuliers, mais ceux de nations rivales, les juges ne pouvant trouver, ni dans les lois, ni dans leur conscience, le principe de droit qui dicterait leur sentence, risquaient de se laisser entraîner par leur attachement à leur patrie et de donner gain de cause à leur propre gouvernement. Aussi l'Etat grec soutenait-il que

l'acquisition d'un immeuble par un Etat étranger. Rev. de Dr. int. et leg. comp., 1894, p. 95 ; *Des droits en Roumanie d'un Etat étranger appelé par testament à recueillir la succession d'un de ses sujets. Journ. du Dr. int. pr.* 1894, p. 282 ; *La jurisprudence roumaine en matière de Dr. int. pr. Rev. de Dr. int. privé et de leg. comp.*, 1899 ; Consultation de la faculté de droit de Berlin. *Du droit pour les Etats étrangers de posséder des immeubles en Allemagne. Journ. du Dr. int. pr.*, 1893, p. 727 ; DESJARDINS, *Des droits en Roumanie d'un Etat étranger appelé à recueillir la succession d'un de ses sujets. Journ. du Dr. Int pr.*, 1893, p. 1009 ; WÆSTE et LEJEUNE, *Du droit pour une personne morale étrangère de recueillir par succession un immeuble situé en Belgique. Journ. du Dr. int. pr.*, 1893, p. 1123 et 1126 ; MISSIR, *La question de compétence dans l'affaire Zappa. Journ. du Dr. int. pr.*, 1894, p. 776 ; *L'affaire Zappa et le conflit gréco-rouman. Rev. du Dr. int. public et lég. comp.*, 1893, p. 165 ; *Résumé des opinions émises dans l'affaire Zappa et conclusion en faveur de la théorie grecque. Rev. de Dr. int. et de lég. comp.*, 1894, p. 165 ; GEORGES STEIR, *L'affaire Zappa* ; NÉGULESCO, *Des droits en Roumanie d'une personne morale étrangère appelée par testament à recueillir une succession. Affaire Zappa. Journ. du Dr. int. pr.*, 1908, p. 1041.

le régime des capitulations subsistait en Roumanie malgré la constitution de ce pays en nation indépendante libérée de la domination turque, et qu'en conséquence le tribunal consulaire de Grèce était seul compétent pour liquider les successions de sujets hellènes. La Roumanie de son côté faisait remarquer que même lorsqu'elle était pliée sous le joug ottoman le régime des capitulations n'avait été pour elle qu'un simple état de fait et non de droit, ce point n'ayant jamais fait l'objet d'aucune convention internationale ; qu'en tous cas et comme conséquence la Roumanie en même temps qu'elle avait échappé à l'autorité du Sultan avait recouvert avec la pleine souveraineté le monopole absolu de la juridiction ; qu'au surplus il ne s'agissait pas d'une simple liquidation de succession, mais d'une contestation portant sur des immeubles et qu'en admettant même que les Capitulations subsistassent, elles n'avaient jamais mis obstacle à la compétence exclusive des tribunaux indigènes, en matière de droits réels.

Cette question de compétence en arriva à prendre une importance plus grande que la question de fond qui en fut un peu effacée. Aussi la seconde espèce est-elle pour nous plus intéressante encore. C'était d'ailleurs la souveraineté de la France elle-même qui était en jeu.

L'affaire du testament de la marquise du Plessis-Bellièvre fut une des causes internationales les plus importantes qui aient jamais été soumises à l'appréciation de nos tribunaux. M. le Procureur général Melcot n'hésitait pas à l'appeler dans ses conclusions devant la Cour d'Amiens, la cause la plus grande du siècle et elle méritait bien cette qualification, tant par l'importance théorique de la question qu'à, derrière les intérêts particuliers,

mettait face à face la France et le St-Siège, que par les théories savantes qui furent émises à cette occasion. A côté des remarquables travaux des magistrats qui tour à tour, souvent avec des arguments différents, soutinrent les droits des héritiers naturels de la marquise du Plessis-Bellière (1), des études doctrinales nombreuses émanant des auteurs les plus éminents vinrent discuter la question et se décider pour la presque-unanimité en faveur du droit pour le St-Siège de recueillir la libéralité qui lui était faite (1).

La marquise du Plessis-Bellière avait par un premier testament institué le Pape Léon XIII héritier de tous ses

(1) Voyez notamment les conclusions de M. Melcot procureur général à la Cour d'appel d'Amiens, *Gaz. des trib.*, 24 février 1893 et *Journ. du Dr. int. pr.*, 1893, p. 384 ; celles de M. Manau, procureur général à la Cour de Cassation, *Gaz. des trib.* du 18 mars 1893 ; et le rapport de M. le conseiller Cotelle devant la Chambre des requêtes, S. 1895, 2, 57, sous Amiens, 21 février 1893 et *Journ. du Dr. int. pr.*, 1894, p. 835 et s.

(1) WEISS, note sous Montdidier, 4 février 1892. *Pand. françaises*, 1892, V, 17 ; MÉRIGNHAC, note sous Amiens, 21 février 1893. *Pand. françaises*, 1894, V, 1 ; PILLET, note sous Amiens, 21 février 1893, S. 1895, II, 57 ; LAINÉ, *Des personnes morales en Dr. int. pr.*, *Journ. du Dr. int. pr.*, 1893, p. 273 ; RENAULT, *Du droit pour une personne morale étrangère de recueillir par succession un immeuble situé en France*, *Journ. du Dr. int. pr.*, 1893, p. 1118 ; DECROQCQ, *De la personnalité civile en France du Saint-Siège et des autres puissances étrangères*. *Revue du droit public*, 1894, 1, 49 ; FIORE, *De la capacité de l'État étranger, de l'Église et du Saint-Siège d'acquérir par succession*. *Rev. de Dr. int. pr.*, 1903, p. 5 et s. ; MICHOD, *De la capacité en France des personnes morales et en particulier du Saint-Siège*. *Rev. générale de droit international public*, 1894, p. 211. V. aussi FIORE, *La personnalité civile de l'État*, *ibid.*, 1894, p. 347. En sens contraire MOREAU, *De la capacité des États étrangers pour recevoir en France*. *Journ. du Dr. int. pr.*, 1892, p. 337 et s.

biens et à son défaut le cardinal Rampolla. Par un second testament elle déclarait instituer, si le premier ne pouvait être exécuté, le comte de Colbert-Turgis pour son légataire universel chargé d'exécuter à titre de legs particuliers ses premières dispositions, notamment le legs de son hôtel de Paris et son château de Moreuil pour servir de résidence au nonce.

Les héritiers collatéraux dépouillés, attaquèrent le testament en soutenant que le cardinal Rampolla et le comte de Colbert-Turgis n'étaient que des personnes interposées et que le Pape était incapable de recevoir une libéralité faite en réalité au profit de l'Eglise catholique pouvoir exclusivement spirituel et sans personnalité civile.

Le tribunal de Montdidier (1) admit la validité du testament, mais son jugement fut infirmé par un arrêt de la Cour d'Amiens qui d'ailleurs se fonde sur des raisons spéciales à l'espèce qui lui était soumise et ne nie pas la capacité de recevoir en France des États étrangers (2).

L'arrêt de la Cour d'Amiens fut frappé d'un pourvoi en cassation par S. S. le Pape Léon XIII, le cardinal Rampolla et le comte de Colbert-Turgis pourvoi admis par la chambre des requêtes (3) sur les plaidoiries de M.M. Sabatier et Sauvel (4) contre le rapport de M. le conseiller Cotelle et les conclusions de M. le procureur général Manau tendant au rejet. Une transaction étant

(1) Jugement du 4 février 1892. *Pandectes françaises* 1892, V, 17, reproduit dans S. 1893, II, 57 et *Journ. du Dr. int. pr.*, 1892, p. 447.

(2) Arrêt du 24 février 1893. *Pandectes françaises*, 1894, V. I, S. 1895, 2, 57, D. 1895, 2, 461, *Journ. de Dr. int. pr.*, 1863, p. 384.

(3) Arrêt du 14 mars 1894.

(4) *Gazette des tribunaux* du 18 mars 1894.

ultérieurement intervenue entre les parties la chambre civile n'a pas eu à statuer sur le débat.

Nous avons vu que la personnalité civile internationale des États souverains ne saurait guère faire de doute mais que décider vis-à-vis d'eux pour ce qui est du droit d'acquérir. Faut-il admettre que les États sont, comme les autres établissements publics ou d'utilité publique qui se sont constitués sur leur territoire, capables de recevoir à l'étranger par donation ou par legs ? Et s'ils le sont, leur droit est-il soumis aux mêmes conditions que pour ceux-ci ?

Il paraît difficile si l'on reconnaît aux États étrangers le droit d'acquérir de les forcer à solliciter et à obtenir du Conseil d'État l'autorisation requise par les articles 910 et 937 du code civil et exigée nous l'avons vu des autres personnes morales étrangères. Ce n'est pas qu'une telle opinion soit admise sans contestation. On a proposé d'étendre aux États étrangers le principe de l'autorisation administrative préalable à l'exécution des dons ou legs en leur faveur (1). Mais l'État est, nous l'avons dit, nécessairement une personne civile par cela seul qu'il existe comme souveraineté politique : ces deux qualités sont en lui inséparables et il semble impossible de faire ici abstraction de la seconde lorsque c'est d'elle que l'on s'est servi pour tirer la première. L'État étranger n'est ni un établissement public, ni un établissement

(1) LAINÉ art. et *loc. cit.*, p. 302; RENAULT, art. et *loc. cit.*, p. 1122; LEJEUNE, art. et *loc. cit.*, p. 1127; Jugement du tribunal de Montdidier; BAUCHET, note dans *Pand. fr.* 1888, 2, 152; M. DUCROCO n'écarte l'application des art 900 et 937 que pour les remplacer par celle du principe de leur spécialité. C'est, on l'a vu, une doctrine que nous nous refusons à admettre.

d'utilité publique ; il n'est pas créé par l'initiative individuelle ni soumis à une autorité supérieure : il est souverain c'est sa qualité même, sa raison d'être. Il serait contradictoire de décider qu'en l'absence de toute volonté de sa part il fut obligé de se soumettre à une souveraineté étrangère. L'État français acquérant en France n'a besoin d'aucune autorisation ; personne ne pourrait la lui donner que lui-même. Les autres États étant sur le même pied que lui, ne doivent pas non plus avoir besoin de s'y soumettre : il y aurait là quelque chose de difficile à concilier avec leur indépendance réciproque et les égards qui leur sont dus (1).

Mais un État étranger peut-il même recevoir en France ? Plus spécialement au point de vue de la propriété immobilière peut-il acquérir et posséder à titre domanial une partie du territoire français ?

Malgré les quelques exemples invoqués (1) et en dehors des hôtels des légations auxquels s'attache un privilège d'extraterritorialité, ne semble-t-il pas assez peu aisé de concilier ce droit avec la souveraineté territoriale ?

Aussi la question fort discutable n'est-elle pas encore résolue. Beaucoup ont de la peine à admettre qu'un État indépendant puisse ainsi devenir le sujet d'un autre État pour les propriétés qu'il aurait à titre privé sur le territoire de celui-ci à l'intégrité de la souveraineté duquel il risque de porter atteinte. La pleine souveraineté est in-

(1) Cf. WEISS, MÉRIGHAC, MICHOD, PILLET, *op. et loc. cit.* De même M. COTELLE dans son rapport.

(1) Hôtels d'ambassade de l'Angleterre, de la Russie, de l'Allemagne, de l'Autriche. Église russe de la rue Daru. Église roumaine de la rue Jean de Beauvais.

compatible avec toute restriction : or ici il est nécessaire que celle d'une des deux nations engagée dans le conflit s'efface devant l'autre.

Les faits montrent qu'une telle situation est possible ; mais rien n'indique qu'il ne faille pas voir là un état de pure tolérance à l'égard d'acquisitions qui ne portent aucune atteinte à l'ordre public, et dont l'administration se désintéresse. Les circonstances dans lesquelles elles se sont produites n'ont soulevé aucune question litigieuse sur laquelle les tribunaux aient été appelés à se prononcer : au point de vue pratique la question reste donc entière.

Au point de vue doctrinal elle nous paraît dépendre directement du point de savoir si on peut dans cette hypothèse séparer l'État personne privée de l'État personne publique. Si oui rien de plus simple la situation sera la même que pour tout établissement public. Sinon, l'État étranger portant directement atteinte à la souveraineté territoriale par la possession immobilière ne pourra exercer aucun droit de cette espèce. La difficulté vient de ce qu'on ne peut guère envisager d'une façon distincte deux qualités si étroitement confondues. La capacité juridique de l'État ne découle-t-elle pas directement de son existence comme puissance publique indépendante. Pourrait-elle subsister une fois séparée d'elle ? N'est-ce pas d'ailleurs sur l'indissolubilité de leur union que l'on fonde l'impossibilité de soumettre une telle acquisition à l'autorisation administrative de l'État de la situation des biens ?

On fait au droit d'acquérir des États étrangers deux objections principales. La première, la plus répandue, tirée du danger politique que pourrait présenter pour

un État sans défense l'accaparement de son territoire ou des points stratégiques de celui-ci, par un pays voisin plus puissant, visant à sa conquête ou à l'établissement sur lui d'une sorte de suzeraineté grâce à la puissance que lui donnerait la propriété foncière ; la seconde plus générale dans son application et plus strictement juridique consistant à dire qu'on ne peut admettre le droit d'être institué héritier, pour un État étranger qui, selon une jurisprudence établie, serait dispensé de l'obligation de répondre aux actions personnelles des légataires particuliers et des créanciers de la succession (1).

Il est bien vrai que le péril politique de la reconnaissance aux États étrangers du droit d'acquérir est plus fictif que réel, car l'État qui se sentirait menacé n'aurait pour le faire disparaître qu'à promulguer une loi le leur déniait. Si d'ailleurs on y attachait une véritable importance il ne faudrait pas se contenter de refuser aux États étrangers le droit de propriété immobilière, mais aussi celui d'acquérir des valeurs mobilières. La monopolisation des actions d'une compagnie de chemins de fer ne pourrait-elle pas créer un danger plus réel que celui de la possession de quelques hectares de terrain.

D'autre part nul ne fait de difficulté pour reconnaître que l'État acquéreur, donataire ou légataire, devrait respecter la compétence de la loi territoriale en matière immobilière et se plier aux autres exigences du droit privé.

Quelques soient donc les obstacles à une explication juridique entièrement satisfaisante il semble qu'on doive admettre la capacité d'acquérir des États étrangers. La

(1) Cet argument a été présenté par M. COTELLE dans son rapport.

question d'ailleurs est plutôt théorique (1) et l'expérience prouve qu'ils ne sont nullement portés à en abuser. Pratiquement il paraît certain que l'État qui viendrait à recevoir sur le territoire d'un pays voisin, en référerait diplomatiquement au gouvernement de celui-ci et offrirait de se soumettre comme les personnes morales privées aux lois de police générale. Ce serait là une simple mesure de courtoisie internationale (1).

Vis-à-vis des dons et legs sous condition d'affectation adressés au Saint-Siège, la solution nous paraît moins douteuse. Car à supposer qu'il puisse être encore considéré comme une souveraineté politique indépendante, ce qui paraît devoir être admis même aujourd'hui, quoique ceci soit devenu moins certain au regard de la France, depuis la dénonciation du Concordat et la rupture des relations diplomatiques, il est évident que les libéralités destinées à des fondations religieuses sont faites non au Pape comme chef temporel d'une nation, mais comme représentant de la religion catholique. Or, il est inadmissible « que l'État français, si jaloux d'exer-
« cer sa surveillance sur les libéralités faites aux évê-
« chés, aux paroisses, aux séminaires, aux hôpitaux,
« pour en prévenir l'excès dans l'intérêt des familles, se
« soit au contraire interdit tout contrôle sur les dons et
« legs faits au Pape, tout moyen de modérer un courant
« susceptible, si on lui ouvre cette brèche d'emporter
« bientôt les barrières opposées par nos lois au dévelop-

(1) Elle se présente cependant actuellement vis-à-vis de la France à propos de la cession faite à la Belgique par le roi Léopold II des propriétés qu'il possède à Villefranche.

(1) Cf. Révolutions de l'Institut de Droit international *Annuaire*, *loc. cit.*, art. 8.

« pement de la mainmorte (1) ». En reconnaissant même à l'Eglise catholique universelle, envisagée séparément de la souveraineté politique de la papauté, une personnalité juridique dérivant de celle-ci, bien que le Saint-Siège ne rentre pas dans l'énumération donnée par l'Ordonnance du 2 avril 1817 des établissements auxquels la loi du 2 janvier précédent accorde la capacité civile, on ne peut concevoir que la porte reste ouverte aux abus des anciennes fondations par l'intermédiaire d'un établissement ecclésiastique étranger. Peu importe qu'il soit le premier de tous, il ne faut pas qu'on puisse par un détour tourner les lois d'ordre public ; le Conseil d'Etat exercera son contrôle.

Tandis que l'Etat étranger puissance indépendante ne saurait être contraint d'accepter le contrôle de l'administration, on peut séparer dans la personne du Pape les deux qualités qu'il réunit sur sa tête et la souveraineté politique reste étrangère à la religion : Que l'Italie s'empare demain du Vatican, il n'en restera pas moins le représentant et le chef de l'Eglise catholique.

(1) M. le conseiller COTELLE dans son rapport.

CHAPITRE III

ORDRE PUBLIC ABSOLU RÉCLAMANT L'APPLICATION STRICTE DU DROIT PUBLIC TERRITORIAL

Si la fondation étrangère peut et doit être considérée comme juridiquement capable, suivant les dispositions de sa loi nationale, pour les actes de droit privé qu'elle accomplit hors de son pays, cette validité extra-territoriale du statut personnel ne s'étend pas au delà de ses limites pour tout ce qui touche directement au droit public. Il sera tout aussi impossible à l'œuvre étrangère de poursuivre en France la mission administrative dont elle est chargée, qu'à une personne généreuse d'y créer une *Charity* ou une *Stiftung* : l'observation des formalités et des conditions de la loi territoriale s'impose dans ces deux cas d'une façon absolue. La fondation en tant qu'établissement poursuivant un but permanent doit forcément être une personne morale nationale.

§ 1. — Action de la fondation étrangère.

Nous avons dit que sur la question de savoir si un établissement d'utilité publique étranger peut exercer en France la fonction qu'il est destiné à remplir, une ré-

ponse négative ne saurait être douteuse; c'est parce qu'ici nous nous trouvons placés sur le terrain exclusif du droit public qui est, on le sait, aussi strictement territorial que la souveraineté même dont il est l'expression.

Dans une fondation, établissement de droit public, on peut distinguer suivant les cas, soit la personne privée gérant son patrimoine au mieux de ses intérêts, soit la personne publique, chargée d'une fonction à elle conférée ou au moins reconnue par l'autorité administrative de son pays d'origine (1). De même que dans un fonctionnaire, individu physique, on peut voir, tantôt le personnage investi d'un rôle officiel, tantôt le simple particulier agissant dans son intérêt propre comme quiconque de ceux qui l'entourent; de même, il faut rechercher chaque fois qu'une fondation étrangère est appelée à agir hors de son pays, si elle aspire à accomplir à l'étranger la mission de droit public que sa loi nationale n'a pu l'habiliter à remplir qu'à l'intérieur de ses frontières, ou si, au contraire, elle ne veut qu'y exercer de purs droits privés.

Une fondation étrangère, un hospice par exemple, reconnu dans un pays comme constituant une personne civile indépendante, devient, *ipso facto*, selon nous, un sujet de droit capable, sous le bénéfice de sa loi personnelle, d'agir à l'étranger aussi librement qu'une personne physique et d'y exercer tous les droits privés compatibles avec sa nature. Mais permettra-t-on à un fonction-

(1) Cf. sur la double personnalité des personnes morales investies d'un rôle administratif, HAURION, *Précis de droit administratif*, n° 63; LAINÉ, *J. du D. I. P.*, art. cit., p. 298; MICHOUX, *Rev. gén. de dr. int. public*, art. cit., p. 200.

naire étranger de s'implanter dans l'administration française, à un juge anglais d'y rendre la justice : certes non. Or, si on doit reconnaître aux personnes morales les mêmes droits au dehors, qu'aux personnes physiques, il y a lieu d'appliquer à leur capacité les mêmes restrictions. Cela est d'évidence. On ne laisserait bien certainement pas à l'administration des postes belges la faculté de concurrencer nos postes françaises. Comme elles, l'Assistance publique a un monopole protégé contre les entreprises venant de l'intérieur ou de l'extérieur. Si l'administration délègue une partie de ses fonctions à des établissements organisés par des particuliers, c'est par mesure exceptionnelle et non sans se les rattacher par un lien de sujétion, grâce à la reconnaissance d'utilité publique. Comment dès lors concevoir que des œuvres étrangères viennent, sans se soumettre aux mêmes règles, se poser en face d'elle en rivales. La personnalité de droit privé d'une fondation est, on peut dire toujours, accompagnée d'une personnalité de droit public créée par l'État sous la législation duquel elle est constituée en vue d'un but d'intérêt général à atteindre, et à ce second point de vue, sa situation internationale est très différente de ce qu'elle est au premier. La fondation étrangère, doit dans l'exercice de sa fonction, se confiner au territoire du pays qui l'en a investi. Ce n'est que quant à l'exercice des droits privés, qui lui permettront de subsister et de remplir son but qu'elle pourra se prévaloir en tous lieux de la capacité qui lui est reconnue par sa loi d'origine. Une école, une fabrique, un hospice étranger, pourront sans nul doute passer en France tels contrats, qu'il leur plaira ; ils pourront également

acheter ou recevoir en France des immeubles (1) qui leur serviront de placement pour leurs capitaux ou auxquels ils feront produire les récoltes dont ils ont besoin ; ils pourront enfin, dans le cas où une contestation viendrait à naître entre eux et l'un de leur co-contractants, se présenter valablement devant nos tribunaux soit en qualité de demandeurs (2), soit dans la situation de défendeurs ; et ceci, selon nous, sans la moindre formalité de reconnaissance ou d'autorisation qui ne serait pas exigée d'un étranger quelconque ; mais ils ne pourront en aucun cas accomplir sur notre territoire les actes de leur fonction propre tels qu'ouvrir une école, exercer un culte, assister les pauvres ou soigner les malades. La mission bienfaisante qui leur a été donnée, ils ne l'ont reçue que de la souveraineté qui les a élevé au rang de personnes juridiques : et cette mission étant de droit public nous n'admettons pas qu'elle puisse s'étendre en dehors des frontières de l'État qui la leur a confiée (1).

Il est facile d'ailleurs de se rendre compte à un point de vue purement pratique, que les fondations ne peuvent avoir de service d'intérêt public à remplir que sur un territoire déterminé. Si elles peuvent pour les besoins de ces services invoquer, même en dehors de ce territoire, leur capacité juridique et les droits privés attachés à leur

(1) Sauf les observations comprises dans le chapitre précédent.

(2) Sauf à fournir la *cautio judicatum solvi*, art. 16, C. civ.

(1) Cf. Résolutions de l'Institut de droit international (*Annuaire*, t. XVI, p. 307), art. 7 : « Les personnes morales publiques d'un pays ne peuvent pas créer, en dehors de ce pays, des établissements rentrant dans la sphère de leur activité, sans s'être munies des autorisations exigées par la loi territoriale, pour la création d'établissements similaires ».

qualité de personnes morales, elles ne sont plus rien au point de vue de leur mission de droit public en dehors du lieu qui leur a été assigné pour la remplir. Et cela est si vrai qu'on peut souvent en vérifier l'exactitude à l'intérieur même du pays auquel elles appartiennent. Seul l'État est compétent pour apprécier l'utilité du fonctionnement sur son territoire d'une œuvre donnée. Mais sa compétence n'excède pas les limites de ce territoire : une fondation considérée dans un pays par l'autorité administrative ou par la législation comme sans dangers et pouvant même offrir des avantages, peut paraître dans un pays voisin inutile, encombrante, contraire peut-être à l'ordre public. Or l'utilité publique dans un pays donné ne peut être apprécié que par les autorités administratives de ce pays : quant à l'ordre public chaque nation est pleinement souveraine chez elle ce qui implique comme conséquence nécessaire que chacune ne l'est que chez elle.

Sans doute on fera remarquer qu'on refusera souvent ainsi à une personne morale étrangère le droit d'accomplir des actes dont la validité ne serait pas contestée, si un étranger en était l'auteur. Trouverait-on une objection à faire à ce qu'un allemand habitant la France reçoive dans un immeuble lui appartenant ses compatriotes malades, pour leur prodiguer des soins ; plus simplement même, qu'il se contente de distribuer des secours à ceux d'entre eux qui se trouveraient dans la misère ? Mais on pourra remarquer qu'il agira alors en qualité de simple particulier, tandis que la fondation étrangère se présenterait comme un fonctionnaire de l'État étranger. Pour pouvoir valablement exercer sur le sol français une fonction analogue, à celle qui est leur

raison d'être, il faudra que les fondations se transforment pour cette partie de leur tâche en établissements publics français par l'obtention de la reconnaissance d'utilité publique de la part de l'administration.

§ 2. — **Fondation d'une œuvre nouvelle.**

En vertu de ces mêmes principes si cet allemand dont nous parlions tout à l'heure, désirait donner à son œuvre la perpétuité qui est l'apanage de la personnalité morale, il lui faudra requérir du Conseil d'État la reconnaissance d'utilité publique, qui tout en lui conférant un rôle permanent donnera à la fondation la nationalité française sans qu'il y ait à rechercher si elle est destinée à l'assistance des seuls allemands ; sans qu'il y ait à tenir compte de ce que le fondateur est lui-même un allemand.

Nous arrivons là au deuxième aspect de la question. Le même rigorisme s'impose, on le voit dans la réponse à faire. De même qu'une fondation étrangère ne peut agir en France en tant que personne morale publique investie d'une fonction déterminée, de même un étranger ne peut fonder en France suivant les formes exigées par la loi nationale ; il faudra de toute nécessité qu'il se conforme à celles qui sont requises par la loi française. Il importerait peu qu'il prétendit vouloir créer une œuvre étrangère suivant sa propre législation et qu'il excipât de l'autorité reconnue en droit international privé, sous l'influence de Dumoulin (1) à l'autonomie de la volonté. Il appartient bien à la volonté des parties de choisir et de

(1) *Molinæi opera.* t. III, p. 357.

déterminer la loi qui régira entre eux un rapport juridique d'ordre privé ; mais elle devra s'incliner devant le droit public chaque fois qu'il sera appelé à intervenir. Elle ne pourra, qu'elle soit manifestée implicitement ou explicitement, exclure les règles impératives et prohibitives que la législation territoriale, à laquelle la fondation devra nécessairement se trouver soumise, a jugé utile d'établir dans un intérêt supérieur d'ordre social, moral et économique, dans le but direct de dominer la volonté individuelle, de surveiller ses fantaisies, et de la maintenir dans des limites qu'il ne lui est pas permis de dépasser. « La loi d'autonomie n'étant qu'une convention
« tacite, son domaine sera exactement celui de la liberté
« des conventions. Cela revient à dire que ce domaine
« est limité par le domaine voisin de l'ordre public qui
« l'entoure. Le domaine de l'autonomie et celui de
« l'ordre public se touchent, mais ils sont entièrement
« impénétrables l'un à l'autre (1) ».

§ 3. — Situation spéciale des pays de capitulations.

Si cette solution restrictive nous paraît certaine dans tous les pays pour lesquels la souveraineté territoriale est une chose absolue, la question se présente sous un aspect singulièrement différent, si on l'envisage comme se posant dans une contrée soumise au régime dit des capitulations, c'est-à-dire dans lesquels l'État qui exerce

(1) AUBRY, *Domaine de la loi d'autonomie*. J. du D. I. P., 1896, p. 465, 470. Cf. BROCHER, *Revue de droit international*, 1872, p. 189 et s. ; de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Synthèse du D. I. P.*, t. I, § 396 à 402 ; ROLIN, *Principes de D. I. P.*, t. I. § 251, 291.

l'autorité a abdiqué une partie plus ou moins large de ses pouvoirs et de ses droits vis-à-vis des étrangers, aux profits de leurs législations nationales elles-mêmes. En conséquence le statut personnel de ceux-ci viendra à prendre une extension dépassant de beaucoup les limites habituelles généralement restreintes aux lois d'état et de capacité : le droit public tendra, quant aux pays placés par conventions ou par traités dans cette situation spéciale, à acquérir la même extraterritorialité que le droit privé.

On sait que grâce à la conception moins absolue de la souveraineté qui règne dans l'Empire ottoman et dans quelques autres pays, les puissances occidentales exercent directement sur leur territoire, pour ce qui est de leurs sujets, la plupart des droits régaliens dont l'État garde d'ordinaire jalousement l'exercice. C'est ainsi qu'en vertu de traités, d'usages et parfois même d'abus, leurs ressortissants, libres de tous liens vis-à-vis de l'autorité régionale, ne sont soumis quant à l'étendue de leurs droits qu'à leur seule législation nationale et ne relèvent exclusivement que de la juridiction de leurs consuls : ceux-ci, seuls compétents vis-à-vis de leurs nationaux tant au civil qu'au criminel, sont également seuls investis à leur égard des pouvoirs de réglementation et de coercition.

Sans qu'il soit besoin d'entrer dans le détail de la condition juridique faite aux sujets des États bénéficiaires des capitulations, condition qui varie d'ailleurs suivant le pays envisagé, et qu'il serait trop long d'étudier ici, on se rend immédiatement compte qu'une fondation, fonctionnant en Turquie par exemple, au profit des Français, ne doit pas être considérée comme ratta-

chée à l'administration ottomane. Celle-ci ne peut se prévaloir vis-à-vis d'elle de la souveraineté du Sultan sur un territoire où chacune des grandes nations européennes, la limite par l'application à ses nationaux ou à ses protégés de son propre droit public.

Car si l'on admet pour les étrangers personnes physiques une telle extension du statut personnel, en vertu de l'abdication ou de la délégation faite par l'autorité souveraine d'une partie de ses pouvoirs de juridiction, de police et d'administration, entre les mains d'autres souverainetés qui les surveillent et les protègent, pourquoi en décider autrement vis-à-vis des personnes morales, spécialement vis-à-vis des fondations ? Pourquoi devraient-elles se constituer, fonctionner et se dissoudre suivant la loi territoriale ? pourquoi ne pourraient-elles pas se réclamer de la juridiction consulaire ? pourquoi seraient-elles soumises aux impôts et aux charges du pays où elles poursuivent leur mission dans un intérêt public distinct du sien propre ? Doit-on, en un mot, ranger le droit de fondation parmi ceux dont les étrangers bénéficiaires des capitulations jouissent, sous le contrôle des autorités et des juridictions de leurs pays, conformément aux règles de leur droit national ? Ou, au contraire, la fondation doit-elle se soumettre au droit public du pays où elle doit fonctionner ; acquérir la nationalité ou l'indigénat turc, égyptien ou marocain (1) ?.

La question ainsi posée revêt une importance toute particulière, tant à cause de l'imperfection et de l'insuf-

(1) V. sur ces questions les deux articles de M. ARMINJON, dans le *Journal de D. I. P.* de 1902, p. 691 et 998.

fiance du droit local (1), qu'à la fréquence des œuvres fondées dans ces pays par les Européens qu'une tendance toute naturelle pousse à s'associer entre eux et à créer pour leur profit commun des établissements de bienfaisance.

Il ne faut pas hésiter à décider que l'étranger peut fonder dans les pays de capitulations suivant sa loi nationale ; qu'une œuvre qui a son siège sur le territoire d'un État musulman et qui poursuit sa fin dans les limites même de ce territoire, peut très valablement être pourvue d'une nationalité étrangère, qui sera déterminée, suivant la règle générale que nous avons adoptée, par la loi sous l'empire de laquelle elle aura été organisée et élevée au rang de personne morale. La personne juridique ainsi créée ou tout au moins ainsi légalement reconnue revêtira la nationalité de l'État créateur (1).

(1) Le droit islamique présente, il faut le reconnaître, une organisation très complète de la fondation. Mais les gouvernements égyptiens et surtout turc et marocain se refuseraient bien évidemment à admettre l'existence légale suivant la loi territoriale, et à protéger à ce titre, des établissements dont le but indirect est souvent de servir d'instrument à la colonisation et à la pénétration pacifique par le prosélytisme politique et religieux qu'ils exercent (écoles d'Orient).

(2) Plus encore dans ces pays qu'en droit international européen, il est évident que la nationalité de l'œuvre sera fixée par la loi selon laquelle elle est faite. Le plus souvent d'ailleurs elle coïncidera avec celle de son auteur ; toutefois si celui-ci se trouvait originaire d'un pays qui ne puisse se prévaloir des capitulations il lui faudrait avoir recours à la législation du pays dont il s'est fait reconnaître le protégé ; c'est donc là un élément dont on aurait tort de tenir compte d'une façon absolue. La considération de la nationalité des bénéficiaires est tout à fait indifférente : il est possible qu'elle ne soit nullement énoncée parmi les conditions à remplir pour pouvoir en profiter. Mais lorsqu'il s'agira d'une œuvre poursuivant un objet strictement national, intéressant tout particulièrement un Éta

jouira suivant les lois de celui-ci de tous les attributs de la vie légale, pourra se prévaloir du bénéfice de sa juridiction consulaire, et restera soumis à son contrôle et à sa tutelle administrative. L'autorité réglementaire législative et juridictionnelle que cet État conserve sur ses sujets, même pour ce qui a trait au droit public, le fait seul compétent pour déterminer l'étendue de la jouissance et de l'exercice des droits personnels de ces derniers, tels que celui d'affecter une partie plus ou moins importante de leur fortune au profit d'une œuvre d'intérêt général comme pour apprécier l'utilité de reconnaître une existence légale et une capacité juridique distincte à une entité idéale nouvelle. La fondation réalisée suivant la loi personnelle de son auteur sera valable car « elle vise simplement l'exercice par l'inter-
« médiaire de l'autorité publique nationale, d'un des
« droits publics contenus au moins vituellement, dans
« les Capitulations et reconnus pratiquement par une
« coutume séculaire constante autant qu'incontestée que
« rendait d'ailleurs nécessaire l'insuffisance des législa-
« tions locales (1) ».

On peut même faire cette observation curieuse, que tandis que l'intervention de l'autorité administrative fait d'ordinaire échec dans la mesure s'y rapportant, à la validité internationale d'un rapport de droit, c'est précisément, au contraire, la présence dans la fondation, comme une de ses éléments essentiels, de la souveraineté

déterminé, comme cela se présentera le plus souvent, ce sera bien évidemment celui-ci qui sera appelé à intervenir pour sa création et à lui conférer sa nationalité. Les deux éléments viendront se confondre.

(1) ARMINJON, *article et loc. cit.*, p. 714.

de l'État dont elle relève, qui lui permet en en faisant par la concession de la personnalité morale, un de ses sujets, de poursuivre librement son but, ou même d'être directement créée sur un territoire soumis aux Capitulations. Celles-ci, en effet ne font pas obstacle à l'application de la loi territoriale pour la détermination des choses susceptibles d'être considérées comme des biens : la nature, l'étendue, le classement des droits dont elles sont l'objet ; ce n'est que quant à l'exercice de ces derniers que la loi nationale des bénéficiaires des traités pourra être appliquée. Un fondateur ne pourrait ainsi créer en vertu du seul effet de droit privé des Capitulations une immobilisation perpétuelle du capital affecté : la fondation ne sera valable que parce qu'elle implique forcément de sa part un appel plus ou moins direct au droit public et à l'intervention souveraine de l'État aux lois et à la surveillance duquel l'œuvre se soumet, mais qui, en échange, lui accorde sa protection.

L'importance de cette remarque est manifeste pour la fondation de droit privé : À supposer qu'elle fut concevable elle ne pourrait produire aucun effet dans les pays de capitulation. Et on a donné à cette observation, qui n'offre selon nous qu'un intérêt purement théorique faute de pouvoir recevoir une application, une portée pratique vis-à-vis de la fondation qu'un anglais ou un américain viendrait à établir dans l'empire ottoman et qui ferait usage pour la réaliser du procédé de l'*individual trust* mis à sa disposition par sa loi nationale (1). La difficulté à laquelle on se heurte, provient de ce que la grande majorité de la doctrine se refuse à voir dans la

(1) ARMINJON, *op. et loc. cit.*

Charity une personne morale et n'y aperçoit pas l'intervention souveraine de l'État. Or si le *trust* ne pouvait que se réclamer de l'extraterritorialité de son auteur suivant le texte des capitulations, il serait nécessairement considéré comme nul par rapport au droit islamique qui ne reconnaît pas cette division du droit de propriété entre un *legal estate* et une *beneficial ownership* caractérisant l'institution anglaise. La ressemblance souvent signalée entre le *trust* et l'*ouakf* (1) ou *habou* islamique, entre la situation du *trustee* et celle du *nazir* n'est en effet que superficielle et le *trust* reste étranger aux droits marocains, turc, ou égyptien. Pour nous, nous n'avons nul besoin d'avoir recours pour expliquer la validité de fait (1) de la *Charity* anglaise dans ces pays, à une analyse du *trust*, suivie d'une dissection ayant pour objet de le dénaturer complètement en en excluant toute l'originalité pour « introduire dans l'un des moules juridiques que le droit ottoman moderne a façonné sur le modèle de notre propre droit (2). On peut dans la *Charity* nous l'avons vu retrouver facilement la trace de l'autorité supérieure de l'État ; le *public trust* implique forcément suivant nous la notion il est vrai confuse, de la personnalité morale. Le droit islamique ne connaît pas plus l'établissement d'utilité publique et la *Stiftung* que la *Charity* : mais de même que, dans les pays de capitulations, le français pourra valablement fonder un établissement d'utilité publique et

(1) Certains traduisent : « *wacouf* ».

(1) Les fondations anglaises reposant sur un *trust* sont en effet fréquentes dans les pays de capitulation, surtout en Egypte.

(2) ARMINJON, article et *loc. cit.*, p. 716.

l'allemand une *Stiftung* provoquant ainsi l'intervention de la souveraineté de la France ou de l'Allemagne, au nom desquelles ils agissent en vertu des pouvoirs que leur reconnaissent les traités, de même l'Anglais faisant usage du *trust* pour la création d'une œuvre de bienfaisance aura l'Angleterre derrière lui. Ce ne sont là que les conséquences directes et naturelles de l'extraterritorialité reconnue dans ces pays ou droit public des nations européennes (1) pour tout ce qui touche à leurs nationaux. Le but des Capitulations est de laisser librement les sujets des puissances contractantes exercer entre eux sous la sanction de leurs propres tribunaux tous les droits qu'ils tiennent de leurs législations particulières. La fondation n'implique pas autre chose et échappe absolument au contrôle de l'autorité musulmane tant qu'il ne s'y trouve mêlé aucun droit de propriété immobilière (1). De tout temps le droit de fonder suivant

(1) Il convient d'y adjoindre l'Amérique. Les capitulations n'ont été conclues qu'avec la France, l'Angleterre, l'Allemagne, l'Autriche et la Russie; mais les autres puissances se réclament d'un traitement d'égalité.

(1) A l'époque où furent conclues les capitulations, les étrangers étaient exclus d'une façon absolue de l'exercice des droits immobiliers (V. F. RONGON, *Du régime de la propriété immobilière et du droit pour les étrangers d'acquérir en Turquie*, Journ. du D. I. P., 1886, p. 57 et s., 531 et s.). C'est ainsi que dans l'empire Ottoman le code de la propriété foncière du 21 avril 1858, leur refusait la possibilité d'acquérir même la propriété *mulk* la seule des cinq classes suivant lesquelles étaient divisés les immeubles qui fut accessible à la propriété privée. Ce ne fut qu'à la suite de négociations postérieures que la loi du 16 juin 1867 (21 séfer 1224) admit les étrangers à l'exercice des droits immobiliers, mais en les plaçant relativement à leurs biens immeubles sur le même pied que les indigènes.

Les tribunaux consulaires restèrent donc absolument incompé-

leur loi nationale a été reconnu aux européens dans ces contrées, et l'administration indigène n'a jamais contrarié le fonctionnement des œuvres qui y furent instituées. En est-il une meilleure preuve que le nombre considérable des hopitaux, des couverts, et des écoles de nationalité déterminée établies par les représentants des puissances étrangères avec le concours de leur gouvernement (1). L'existence paisible,

tents en matière immobilière. C'est ainsi que la France par la convention du 9 juin 1868 (*Dalloz périodique*, 1868, IV, 91), consentit ainsi que les autres États bénéficiaires des capitulations (V. VINCENT et PENAUD. *Dict. de D. I. P.* V^e pays hors chrétienté, n^o 69; SALEM, *Les étrangers devant les tribunaux consulaires et nationaux en Turquie. Journ. du D. I. P.*, 1891, p. 413, n^o 48) à ce que ses nationaux soient directement justiciables des tribunaux ottomans pour toutes les actions réelles et questions relatives à la propriété foncière.

La loi du 16 juin 1867 reconnaît aux étrangers le droit de disposer par donation ou testament de leurs biens immeubles en se conformant aux prescriptions de la législation du pays en cette matière.

Ces dispositions ne font pas d'ailleurs obstacle au droit pour les consuls étrangers de liquider les successions de leurs nationaux. Ce n'est qu'en cas de contestation sur un immeuble que l'action devra être portée devant la jurisprudence indigène (Cf. MISSIR, *La question de compétence dans l'affaire Zappa Journ. du D. I. P.*, 1894, p. 776).

(1) C'est ainsi que les fondations françaises s'opéreront par un acte émané du Gouvernement après vérification de l'utilité du but poursuivi. Parmi les plus importantes, citons l'institut archéologique du Caire, organisé et reconnu comme établissement d'utilité publique français. De nombreux hôpitaux, écoles, et établissements de bienfaisance sont dans une situation identique. En 1904, le Gouvernement ottoman a reconnu officiellement comme relevant directement de notre ambassade à Constantinople un certain nombre de couvents, d'églises, de chapelles et d'établissements de bienfaisance. Cette énumération ne nous paraît nullement limitative pour l'avenir, et une reconnaissance de ce genre nullement nécessaire, sinon comme abdication du droit réservé aux juridictions indigènes en vertu du caractère immobilier de ces biens.

continue, et prolongée de toutes ces fondations suffirait pour en fixer la légitimité si elle ne résultait pas directement de la situation spéciale et privilégiée faite par les Capitulations au droit public étranger.

On voit combien valait la peine d'être étudiée la question de la validité internationale du droit, pour un individu, de fonder une œuvre nouvelle dans les pays musulmans ou, pour une œuvre déjà existante, d'aller y exercer la mission qu'elle a reçue et y poursuivre le but pour lequel elle a été créée, en y établissant des organisations annexes des sortes de succursales. Tandis que les solutions les plus restrictives étaient à ces deux points de vue seules acceptables, entre les pays où l'idée de l'indépendance est étroitement liée à celle de l'absolue souveraineté, ce principe reçoit une exception très large dans les contrées où l'autorité centrale admet, à côté de sa souveraineté propre, l'exercice de celles des nations étrangères qui empiétant avec son consentement sur ses droits, s'étendent sur son territoire.

APPENDICE

Une espèce des plus intéressantes est justement en ce moment pendante devant les tribunaux. Voici les faits tels que nous pouvons les exposer très brièvement et sans préciser pour ne pas préjuger de la décision à prendre ; nous envisageons ici la question au point de vue purement théorique sans aucunement nous attacher aux con-

tingences dont les tribunaux auraient peut-être à tenir compte dans l'examen pratique des faits litigieux.

Un israélite de nationalité française, possesseur d'une grande fortune et résidant dans une des plus importantes villes de la côte marocaine où il remplissait des fonctions officielles pour notre gouvernement, voulut, après avoir perdu sa femme, honorer la mémoire de celle-ci en fondant en souvenir d'elle un asile-hôpital où l'on donnait à la fois aux israélites pauvres de l'instruction et des soins. Pour ce faire il rassembla les membres de sa famille leur exposa ses projets, organisa l'œuvre en nommant un conseil de direction composé de ses parents, et offrit de mettre à sa disposition un immeuble pour qu'elle puisse s'y établir, sans toutefois opérer de transfert de propriété.

Quelques années plus tard il mourut lui-même laissant un testament par lequel il divisait la totalité de sa fortune en une certaine quantité de parts égales, léguaient quelques-unes d'entre elles, le plus souvent par fractions, à différentes personnes ou à différentes œuvres, et déclarait sa volonté de laisser tout le reste de ses biens, ce qui constituait encore une somme considérable, à l'œuvre qu'il avait fondée pendant sa vie. Il décidait que cet asile-hôpital devrait toujours être administré par ses propres parents ou ceux de sa femme à l'exclusion de tous autres membres de la communauté israélite de l'endroit. Il déshéritait en outre ceux de ses successeurs qui attaqueraient ces dispositions et tenteraient de porter ainsi préjudice à sa fondation.

Le testament fut néanmoins l'objet d'une action en justice, le demandeur prétendant qu'il était impossible de découvrir un bénéficiaire capable de recevoir l'émo-

lument de ce legs de *eo quod supererit* et que l'œuvre n'ayant aucune personnalité morale à la mort du *de cuius* devait être considérée comme incapable de recueillir les biens qui y étaient compris. Cette affirmation est-elle parfaitement exacte ? Nous ne le croyons pas.

Il importe tout d'abord d'observer que le Maroc étant un pays de Capitulations admet sur son territoire une certaine extraterritorialité du droit public des puissances étrangères. C'est ainsi que sans contestation aucune de la part du gouvernement marocain, l'œuvre se trouvant privée de tous revenus pour son fonctionnement, le conseil d'administration s'adressa au Consul de France qui décida que, jusqu'à ce qu'un jugement intervienne sur le fond de l'affaire, la fondation jouirait des mêmes subsides qu'auparavant ; c'est ainsi encore que l'affaire est aujourd'hui portée devant le tribunal consulaire.

Cette constatation faite on peut raisonner de deux façons différentes.

On peut tout d'abord décider que la loi française doit s'en remettre, pour la détermination des conditions de capacité que devront remplir les bénéficiaires, à la loi rabbinique, seule compétente d'après la loi marocaine, pour fixer le statut personnel des israélites habitant le territoire de l'Empire. Ils sont considérés comme étrangers par une législation qui, pour attribuer cette qualité aux non-mahométans et déterminer leur situation juridique s'attache moins à la nationalité qu'à la religion. Il suffirait alors pour que le legs fut valable, qu'étant donnée la constitution de la fondation suivant la loi juive, on puisse découvrir un légataire capable de le recevoir en son nom. Or le droit rabbinique admet que la fondation consiste dans une simple mise à la disposi-

tion de fidéicommissaire, ou mieux dans le transfert de propriété opéré à leur profit, sous certaines charges et conditions déterminées, des biens consacrés à l'entretien de l'œuvre. Il se trouve que c'est précisément ce qu'a fait le défunt qui peut être regardé comme ayant transmis les biens affectés à son œuvre aux quelques parents qu'il chargeait de sa gestion.

Cependant peut-être pourrait-on faire à cette application du droit rabbinique la même objection qu'on a dirigé contre la validité du *trust* anglais, et y voir une modification au classement, à l'étendue ou à la nature des droits admis et reconnus par la loi islamique, modification non concordante avec la division de la propriété dans la fondation marocaine. Or ici il est impossible de faire appel à une souveraineté pour légitimer cette atteinte au droit public territorial par la création d'une personne morale.

Aussi nous semble-t-il être plus sûr encore et offrir plus de garanties dans l'avenir (1) de voir, dans la fondation qui nous occupe, une œuvre soumise à la loi française, loi nationale du défunt qui était sinon français d'origine, au moins naturalisé français. Il est naturel de présumer que celui-ci, aussi bien lorsqu'il organisa son œuvre que lorsqu'il voulut la doter dans son testament entendit se référer aux règles et dispositions de sa loi nationale non seulement pour les règles régissant le testament, mais aussi pour celles portant sur la constitution de l'œuvre.

Quelle est donc la situation par rapport au droit fran-

(1) En cas de réclamation ou de contestation éventuelle du gouvernement marocain, la France serait là pour défendre les droits de l'œuvre et la protéger.

çais ? Bien simple. On se trouve ici en face d'un legs à l'œuvre future. Or, nous avons vu, que le Conseil d'État, grâce à la rétroactivité accordée à la reconnaissance d'utilité publique, jusqu'au jour de l'ouverture de la succession, n'hésite plus pour admettre la validité de ce procédé ; et quant à la jurisprudence civile, si elle n'est pas encore arrivée au degré d'évolution nécessaire, elle est sur le point de l'atteindre et n'a peut-être besoin pour cela que d'une occasion favorable.

D'ailleurs on pourrait soutenir devant les tribunaux que la libéralité a été, dans l'intention de son auteur, adressée aux personnes qui dirigeaient l'asile-hopital, afin qu'elles procèdent à sa fondation légale en régularisant sa situation vis-à-vis de l'administration. On serait alors dans la situation du legs à personne physique à charge de fonder qu'une jurisprudence imposante et déjà ancienne ne fait plus de difficulté pour admettre aujourd'hui.

Il suffirait dans tous les cas, mais pour plus de sécurité avant le jugement, d'obtenir du Conseil d'État pour l'œuvre gratifiée, la reconnaissance d'utilité publique et l'autorisation d'accepter la libéralité à elle faite, pour que tout soit parfaitement régularisé quant à la loi française.

Pour ce qui est du droit public marocain il n'y a pas lieu d'en tenir compte : la souveraineté de l'État français, conférant la personnalité morale à l'établissement nouvellement reconnu et faisant de lui un de ses nationaux, s'imposera à lui. Toutefois, comme la fondation porte pour partie sur un immeuble il semble que dans cette mesure il y ait lieu de requérir du gouvernement indigène le transfert de propriété.

CONCLUSION

L'idée directrice pour la résolution des conflits de lois en matière de fondation et la détermination de la mesure dans laquelle le droit public peut faire obstacle à la liberté d'action de la personne morale étrangère, ne doit pas être tirée de cette idée simpliste que l'établissement étranger ne saurait avoir plus de droit que l'établissement français similaire. Il faudra plutôt rechercher dans chaque cas le but social poursuivi par la disposition envisagée, et voir quel est celui de ses deux caractères de permanence ou de généralité d'application qui devra être sacrifié de manière à lui assurer le maximum d'effet utile tout en supprimant tout conflit.

Cette façon de procéder qui fournit en maintes occasions une solution rationnelle des conflits de lois (1), n'a pas pour effet, comme on pourrait le croire, de faire déclarer toutes les prescriptions du droit public d'application territoriale absolue au préjudice de la permanence de leur autorité sur les nationaux agissant hors

(1) Cf. PILLET, *Principes de droit international privé*.

de leur pays. Le cercle de l'ordre public ne se superpose pas exactement au cercle du droit public. D'un côté il le dépasse pour englober les lois de procédure (1) et les lois civiles dont l'inobservation par les étrangers serait de nature à présenter pour l'État quelque danger, soit pour son ordre matériel, soit pour son ordre moral, soit pour son ordre économique (2) ; de l'autre il est dépassé par lui, au moins en matière de droit international, car il doit être restreint, parmi les objets si divers des lois, à ceux dont l'importance est telle qu'ils doivent être réputés essentiels à la conservation de l'État (3).

Nous avons cherché à montrer que parmi les lois de droit public certaines pour remplir le but dans lequel elles ont été édictées doivent être douées d'un effet permanent ; d'autres d'une application générale. Les premières telles que la tutelle exercée par l'administration

(1) Il est d'ailleurs absolument illogique de faire rentrer la procédure civile parmi le droit privé. La procédure ensemble des règles qui doivent être suivies devant les tribunaux pour arriver à la découverte de la vérité devrait toujours être considérée comme de droit public, aussi bien en matière civile ou commerciale qu'en matière criminelle ; l'Allemagne nous fournit un exemple de cette classification rationnelle.

(2) Cf. PILLET, *De l'ordre public en droit international privé* ; *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, 1890, t. II, p. 198 et s. Cf. MANCINI, *R. D. I.*, t. VII, p. 354.

(3) Ceci nous paraît démontrer la nécessité d'admettre dans une certaine mesure l'existence distincte d'un ordre public international plus étroit que l'ordre public interne applicable dans toute son extension aux seuls nationaux. Cette distinction est admise par BROCHER, *op. cit.*, WEISS, *op. cit.*, DESPAGNET, *op. cit.*, et *Journ. du D. I. P.*, 1889, p. 5 et s., 207 et s., *l'ordre public en droit international privé*.

sur les établissements publics ou d'utilité publique suivront ces derniers hors de France en quelque lieu que ce soit, mais ne s'appliqueront pas sur notre territoire aux personnes morales étrangères. Les secondes au contraire, visant plus spécialement la protection de l'ordre public et la sécurité intérieure du pays, s'appliqueront sans exception en France à tous, nationaux ou étrangers, mais ne suivront les personnes morales françaises hors des frontières que dans la mesure où les actes qu'elles accompliraient pourraient avoir une répercussion à l'intérieur. C'est ainsi que si l'on tient compte de la complexité du but poursuivi par les articles 910 et 937 du code civil la permanence l'emportera sur la généralité d'application pour ce qui sera de l'autorisation administrative en tant que protectrice de l'établissement gratifié et de l'application des dispositions restrictives du droit d'acquérir des personnes morales (principe de spécialité) ; tandis qu'au contraire ce sera la généralité d'application qui l'emportera sur la permanence pour ce qui a trait à la sauvegarde des droits de la famille et à la surveillance du danger politique et économique de la mainmorte.

C'est, au premier chef, parmi les dispositions de territorialité absolue, que l'on doit ranger celle garantissant le respect de la souveraineté nationale dans son intégrité. La fondation étrangère ne pourra poursuivre en France la mission qu'elle reçoit toujours selon nous, d'une délégation de l'État qui lui a confié la personnalité morale. Quelque soit le désir que l'on puisse avoir d'entendre et de favoriser la liberté des rapports internationaux on est forcé de s'arrêter ici.

Certains pourront le nier. Ce sont ceux qui veulent faire admettre que le droit n'étant jamais que la sanction d'intérêts socialement respectables, doit avoir la même étendue pour l'association ou la fondation que pour l'homme isolé ; que la capacité juridique qui lui est nécessaire pour remplir sa fin doit être reconnue de plein droit à l'œuvre ; que la fondation doit être regardée comme une personne morale privée dès l'instant même où elle est organisée par la volonté individuelle de son auteur.

Mais pour nous nous restons fermement convaincu que la personne morale n'est qu'une création de la loi positive. Non pas que nous établissions entre elle et la personne physique l'abîme que creusent les partisans de la fiction. Elles sont sur le même pied vis-à-vis de la loi ; leur situation est identique ; il n'y a pas à les distinguer. Nous nous rencontrons ici un instant avec ceux qui soutiennent la réalité de la personne juridique ; mais c'est pour nous séparer d'eux immédiatement. Car loin d'admettre que la personne morale comme l'individu, ait au regard du droit une existence qu'il ne peut que constater et dont il n'a pour but que de réglementer les manifestations, nous soutenons que l'individu comme la personne morale, n'a pas d'autre existence juridique que celle que la loi lui confère.

Telle est la solution qui nous paraît s'imposer philosophiquement et ressortir pratiquement de l'étude du droit comparé ; nous avons cherché à en fournir une démonstration et à en faire l'application au droit international des fondations. Est-elle juste ? C'est notre con-

viction intime, et si nous l'avons adoptée et défendue contre les attaques de jour en jour plus vives et plus nombreuses d'une doctrine imposante, c'est que nous y voyons en toute sincérité l'expression de la vérité.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

Vu :
Le Président de la Thèse,
ANDRÉ WEISS.

Vu :
Le Doyen,
CH. LYON-CAEN.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
BIBLIOGRAPHIE	7
INTRODUCTION	
Conséquences de l'extension croissante des relations internationales. — Respect des droits de l'étranger — Conception d'un devoir réciproque d'assistance et de bienfaisance internationale. — Conséquences juridiques. — Conflits — Intérêt de l'étude du droit international des fondations....	17
PREMIÈRE PARTIE	
La question des fondations en droit international et en droit comparé.	
CHAPITRE PREMIER. — LE PROBLÈME DE LA RÉGLEMENTATION PRATIQUE DES FONDATIONS	22
§ 1. — <i>Difficulté de sa résolution.</i> — Tendance actuelle des différentes législations vers une plus grande liberté du droit de fonder. — Insuffisance du droit français. — Difficulté de concilier les intérêts en présence.....	22
§ 2. — <i>Dangers et avantages des fondations.</i> — Re proches adressés aux fondations. — Leur utilité. Nécessité et rôle de la surveillance administrative.	29
CHAPITRE II. — CLASSIFICATION DES FONDATIONS SUIVANT LE MODE DE FONDER	40

§ 1. — <i>Distinction de la fondation directe et de la fondation indirecte.</i> — Critiques dirigées contre cette dernière. — Sa défense — La fondation indirecte en droit français. — Ses avantages. — La fondation indirecte en Allemagne. — La fondation indirecte en Angleterre.....	40
§ 2. — <i>Son intérêt vis-à-vis du droit international.</i> — La fondation indirecte ne soulève que des questions de conflits. — La fondation directe exige la recherche préliminaire d'une notion juridique internationale de la fondation directe. — Nécessité d'une étude de droit comparé....	50
CHAPITRE III. — DROIT FRANÇAIS.....	55
§ 1. — <i>La fondation directe, œuvre du droit public.</i> — La reconnaissance d'utilité publique. Fonctionnement préalable. — Impossibilité théorique de la fondation directe testamentaire.....	55
§ 2. — <i>Mesures prises pour faciliter la fondation de droit public et l'étendre aux fondations à cause de mort.</i>	60
A. — Par le Conseil d'État. — Legs à personne morale publique préexistante à charge de fonder l'œuvre nouvelle. — Rétroactivité de la reconnaissance d'utilité publique de l'œuvre fonctionnant simplement en fait. — Reconnaissance rétroactive de l'œuvre non organisée...	62
B. — Par la jurisprudence civile. — Legs à personne physique à charge de fonder suivant les règles du droit public. — Extension souhaitable de la validité au legs direct à l'œuvre future....	70
§ 3. — <i>La fondation de droit privé.</i> — Critique. — Tout au plus pourrait-on élargir la fondation de droit public.....	76
CHAPITRE IV. — DROIT ALLEMAND ET SUISSE. — Caractères généraux du régime des fondations dans le droit germanique.....	81

§ 1. — *Droit privé* :

A. — Prédominance accordée par la doctrine à la manifestation de volonté du fondateur sur l'autorisation administrative.....	83
B. — La fondation entre vifs. — Forme de l'acte. — Irrévocabilité.....	87
C. — La fondation à cause de mort — Rétroactivité. — Mesures contre la mauvaise volonté des héritiers	91
D. — Fonctionnement.....	93
E. — Liquidation.....	94

§ 2. — *Droit public* :

A. — Nécessité en Allemagne de l'autorisation administrative pour la création de la <i>Stiftung</i> — Contrôle de l'autorité de surveillance en Suisse.....	96
B. — Surveillance de la gestion. — Transformation. — Dissolution.....	99
Conclusion.....	103

CHAPITRE V. — DROIT ANGLAIS. — Caractères généraux du régime des fondations en Angleterre..... 104

§ 1. — <i>Le procédé du trust</i> . — Institution de pur droit privé. — Du dédoublement de la propriété entre les bénéficiaires et les <i>trustees</i>	106
§ 2. — <i>La classification de la Charity</i> . — Nécessité d'un but charitable. — L'indétermination des bénéficiaires. — Principe de l'autorisation préalable par l'énumération du statut d'Elizabeth	111
§ 3. — <i>Fonctionnement des Charities</i> . — Larges pouvoirs d'interprétation de la volonté charitable. — Les <i>trustees</i> , leur rôle.....	115
§ 4. — <i>Le droit public</i> . — Son exercice au cours de l'existence de l'œuvre, par la <i>Charity Commission</i> . — Ses attributions. — Surveillance administrative. — Application de la <i>Cy-pres doctrine</i> . — Pouvoirs judiciaires. — Le <i>Board of Education</i>	119

Conclusion.....	122
CHAPITRE VI. — RÔLE DU DROIT INTERNATIONAL ET DU DROIT COM- PARÉ EN MATIÈRE DE FONDATION DIRECTE.....	123
§ 1. — Avenir des fondations en droit international. — Nécessité pour parvenir à fixer les principes de résolution des conflits, de rapprocher les unes des autres les différentes théories législatives de la fon- dation. — Du respect dû à la souveraineté territo- riale. — Difficulté de déterminer les limites de l'ordre public international...	123
§ 2. — L'uniformité absolue du droit n'est ni pos- sible ni désirable. — L'approchements possibles. — Difficulté d'application quant aux fondations...	128
§ 3. — Imperfection du rôle du droit international s'il ne fait que résoudre les conflits : Il doit s'efforcer de les prévenir. — Aide qu'il doit attendre du droit comparé pour parvenir à l'unification des prin- cipes du droit. — Application au droit des fonda- tions.....	134

DEUXIÈME PARTIE

De la notion théorique internationale de la fondation.

CHAPITRE PREMIER. — ANALYSE.....	147
§ 1. — Divergences apparentes des différentes légis- lations sur la notion théorique de la fondation directe. — Définition générale de la fondation. — Caractéristiques de la théorie de la fondation dans les trois législations types	147
§ 2. — La personnalité fictive dans le système fran- çais	151
§ 3. — La réalité de la personne morale dans le droit allemand. — Le système des <i>Zweckvermögen</i> . — La <i>Willentheorie</i> . — La propriété corporative....	155
§ 4. — Indifférence du droit anglais vis-à-vis de la théorie de la personnalité morale.....	162

CHAPITRE II. — SYNTHÈSE. — Danger présenté au point de vue pratique par l'exagération de la philosophie du droit. — Possibilité de retrouver dans toutes les législations une notion commune de la fondation directe..	164
1 ^{re} SECTION. — <i>L'intervention de l'État dans la fondation</i> ..	171
§ 1. — <i>Au moment de sa création.</i> — Irréalité de l'opposition de la fondation de droit public en droit français et de la fondation de droit privé en droit allemand. — Intervention de l'État dans la Charity anglaise par le principe de l'autorisation collective préalable. — Intervention de l'État dans la fondation suisse par le droit de contrôle et de modification initiale	172
§ 2. — <i>Au cours de l'existence de l'œuvre.</i> — Unanimité des différentes législations à reconnaître les pouvoirs de l'État. — Dévolution des biens des fondations supprimées ou disparues. — Droits de surveillance et de transformation notamment dans les droits allemand et suisse. — Étendue des pouvoirs des <i>Charity Commissioners</i> en Angleterre. — <i>La Cy-pres doctrine</i> — Conclusion. — Influence bienfaisante du contrôle de l'État sur le développement des fondations	183
§ 3. — <i>Fondement philosophique de l'intervention de l'État.</i> — Le droit de fonder n'est pas une simple conséquence du droit de propriété comme le droit de tester. — La création d'une œuvre éternelle dépasse les pouvoirs de l'individu. — Nécessité de l'intervention de l'État. — Erreur de voir dans l'État le véritable propriétaire des biens des fondations	201
2 ^e SECTION. — <i>La notion de la personnalité morale dans la fondation</i>	204
§ 1. — La fondation suppose toujours des bénéficiaires plus ou moins indirects appelés à en profiter. — Impossibilité de les considérer comme les titulaires du patrimoine affecté. — Critique de la théorie de la propriété corporative	206

§ 2. — Nécessité de faire intervenir la notion de personnalité morale pour l'explication juridique de la fondation. — Méthode à suivre.....	213
§ 3. — Définition du droit. — Réfutation du système des <i>Zweckvermögen</i> . — Possibilité de le ramener à la théorie de la fiction. — Critique de la <i>Willenstheorie</i>	216
§ 4. — Fausseté de la notion de la réalité de la personne morale. — La capacité juridique, création de la loi. — Nécessité de sa concession à la fondation ..	225
§ 5. — La fondation exige la personnalisation fictive du capital affecté. — Universalité de la notion de personnalité morale dans la fondation. — Son existence dans la théorie anglaise du public trust.	229
Conclusion.....	237

TROISIÈME PARTIE

Application aux conflits de lois.

Questions à solutionner. — Plan à suivre.....	239
CHAPITRE PREMIER. — VALIDITÉ INTERNATIONALE DE LA FONDATION DIRECTE COMME PERSONNE MORALE DE DROIT PRIVÉ.....	244
§ 1. — <i>La personne morale a-t-elle une valeur extra-territoriale ?</i> — Pénurie des textes. — Confusion de la doctrine. — Importance de la notion théorique adoptée sur la nature de la personnalité juridique.	244
§ 2. — <i>Extension aux personnes morales du bénéfice du statut personnel.</i> — Restriction à la souveraineté nationale, universellement admise au profit du statut personnel de l'étranger. — Application logique d'une solution analogue pour la personne morale. — Insuffisance d'une démonstration reposant sur les droits des personnes physiques dissimulées par elle. — Simple conséquence de l'identité de situation au regard du droit de la personne fictive et de la personne physique	250

§ 3. — <i>Communication à la fondation de la personnalité juridique de l'État étranger.</i> — Démonstration subsidiaire de la valeur internationale de la personnalité de la fondation. — L'État étranger, personne morale nécessaire. — Répercussion de cette qualité sur la fondation, personne morale publique.....	263
§ 4. — <i>Nationalité des fondations.</i> — De la nationalité des personnes morales. — Détermination de la nationalité de la fondation.....	270
Conclusion. — Droits qu'on doit reconnaître à la fondation étrangère.....	275

CHAPITRE II. — LIMITATIONS DU STATUT PERSONNEL PAR LA LOI D'ORDRE PUBLIC (DROIT INTERNATIONAL DE LA FONDATION INDIRECTE). — Restrictions à apporter pour la sauvegarde de l'ordre public à la validité de la personne morale étrangère.....	278
---	-----

§ 1. — <i>Autorisation des dons et legs adressés aux établissements étrangers.</i> — Rôle multiple de l'autorisation administrative. — Application distributive de toutes les législations intéressées.....	279
§ 2. — <i>Libéralité adressée à un État étranger.</i> — Affaires Zappa et de Plessis-Bellière. — Droit de l'État étranger d'acquérir ou de recevoir en France. — Même question pour le Saint-Siège.....	291

CHAPITRE III. — ORDRE PUBLIC ABSOLU RÉCLAMANT L'APPLICATION STRICTE DU DROIT PUBLIC TERRITORIAL.....	302
--	-----

§ 1. — <i>Action de la fondation étrangère.</i> — Impossibilité pour la fondation étrangère d'exercer hors de son pays la fonction de droit public dont elle est investie.....	302
§ 2. — <i>Fondation d'une œuvre nouvelle.</i> — Impossibilité pour un fondateur de fonder à l'étranger, suivant sa loi nationale. — Prédominance de l'ordre public sur l'autonomie de la volonté.....	308
§ 3. — <i>Situation spéciale des pays de Capitulations.</i> —	

Abdication de la souveraineté territoriale. — Application extensive du droit public étranger. — Difficulté relative au <i>trust</i>	309
Appendice. — Exemple de fait.....	318
CONCLUSION.....	323
TABLE DES MATIÈRES.....	329



